

Die Problematik

des § 245 a StGB in

rechtsstaatlicher,

strafrechtlicher und

stralprozessualer Sicht

Mainz 1966

von Assessor Klaus Eckert

Die Problematik des § 245 a StGB
in rechtsstaatlicher, strafrechtlicher
und strafprozessualer Sicht

Ein Beitrag zur Lehre von den "Schuld"-
und "Beweisvermutungen" sowie den "Be-
weisregeln" im Strafrecht

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von
Assessor
Klaus Eckert



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Noll
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Lang-Hinrichsen

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Januar 1966

Meiner lieben Mutter

in dankbarer Verehrung

G l i e d e r u n g

Seite

<u>E i n l e i t u n g</u>	1
<u>Kapitel 1</u> : Entstehung und Bedeutung der Vorschrift	1
<u>Kapitel 2</u> : Aufgabenstellung	3
 <u>H a u p t t e i l</u>	 5
<u>Teil I</u> : Der Sinngehalt der "Wendung" und der "Formel"	5
<u>Abschnitt 1</u> : Die Wendung des § 245 a Absatz 1 StGB	5
<u>Kapitel 1</u> : Auslegung	6
A. Die Wortinterpretation	7
I. Gegenstand und Aufgabe	7
II. Die einzelnen Gliedsätze	8
III. Die Bedingungsgrundlage (Gliedsatz I)	10
1) Das Tatbestandsmerkmal "Diebeswerkzeug"	10
a) "Diebes" und "Werkzeug"	11
b) Objektive Geeignetheit	12
aa) eigentliche Diebeswerkzeuge	12
bb) uneigentliche Diebeswerkzeuge	13
cc) Zusammenfassung	14
c) Die "subjektive kriminelle Zweckbestimmung"	15
aa) Verhältnis von "Diebeswerkzeug" zu Glied-	
satz (III)	16
bb) Rechtspolitische Zielsetzung	17
d) Ergänzungen und Ergebnis	18
IV. Die Bedingungsfeststellung (Gliedsatz II)	19
1) Die maßgebliche Bedeutung des Gliedsatzes (II)	19
2) Der Aufbau des Tatbestandes	20
3) Beweiserleichterung - Beweiserschwernis	22
a) Doppelte Satzverneinung	23
b) "Umstände"	26
V. Ergebnis	26
B. Die teleologische Auslegung	27
C. Die gesetzgeberische Zielsetzung	28
I. Die Gesetzesmaterialien	29
1) Verwertbarkeit nationalsozialistischer Zielsetzung.	30
2) Der Wille des Gesetzgebers und der Wille des Geset-	
zes	31
II. Rechtsgeschichtliche Entwicklung	31

	<u>Seite</u>
III. Rechtsvergleichende Darstellung	33
1) England	33
2) Frankreich	36
3) Die übrigen Länder	37
D. Ergebnis der Auslegung	38
<u>Kapitel 2: Die Verwirklichung des Auslegungsergebnisses in</u> der Rechtsdogmatik	38
A. Die einzelnen Theorien	39
I. Die Wendung als objektive Strafbarkeitsbedingung	39
1) Stellung des "Sofern"-Satzes	41
2) Der Wille des Gesetzgebers	43
3) Die ähnliche Regelung des § 186 StGB	43
4) Das Merkmal der Schulfremdheit	44
a) Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingung ...	45
b) Die Schuldbezogenheit der Zweckbestimmung	46
5) Ergebnis	47
II. Die Wendung als Vermutung	48
1) Begriff der Vermutung	50
2) Zweck der Vermutung und § 245 a StGB	51
3) Die Vermutungsbasis ("Umstände")	52
4) Die "richterliche Vermutung"	53
5) "Echte" Gesetzesvermutungen	54
III. Die Wendung als "Beweisregel"	55
1) Begriff und Wesen	55
2) Beweisregel für den objektiven Tatbestand	57
a) Die Unvereinbarkeit mit dem Zweck der Wendung .	57
b) Die "Fehlentwicklung" dieser Lehre	59
3) Beweisregel für den subjektiven Tatbestand	60
a) Wirkungsweise	60
b) Allgemeiner gesetzestechnischer Sprachgebrauch.	61
c) Die Beweislast im Strafprozeß	62
aa) Begriff der Beweislast	63
bb) Subjektive Beweisführungslast	64
cc) Objektive Beweislast (Feststellungslast) ..	65
aaa) Funktion der objektiven Beweislast im	67
Strafprozeß	67
bbb) In dubio pro reo	68
ccc) Beweislast und Beweiswürdigung	70
ddd) Terminologie	71
4) Zusammenfassung und Ergebnis	71

<u>Kapitel 3: Die Wirkungsweise des faktischen Verfahrens-</u> <u>risikos</u>	72
A. Faktisches Verfahrensrisiko und Beweiswürdigung	73
I. Die richterlichen Feststellungen ohne Rücksicht auf die Wendung	73
II. Die richterlichen Feststellungen im Rahmen der Wen- dung	75
1) Verwertbarkeit aller Vorgänge	76
2) Das Merkmal der "Umstände"	78
a) Von außen kommende Tatsachen	79
b) Sperrwirkung bei Schutzbehauptungen	81
3) Ergebnis	83
III. Die Wendung als Ausgestaltung des prima facie-Be- weises	83
1) Aufgabe des prima facie-Beweises	84
2) Die gesetzgeberische Zielsetzung	86
3) Prima facie-Beweis im Strafprozeß?	87
a) Breiter Anwendungsbereich	87
b) Der typische Geschehensablauf	88
4) Einzig mögliche dogmatische Einordnung	90
5) Verfassungskonforme Auslegung	90
6) Ergebnis	93
 <u>Abschnitt 2: Die Formel des § 245 a Absatz 2 StGB</u>	93
<u>Kapitel 1: Die herkömmlichen Ansichten</u>	94
A. Die Formel als "gesetzliche Beweisregel" oder "Ver- mutung"	94
B. Die Formel als Hinweis auf die freie Beweiswürdigung und den prima facie-Beweis	96
C. Die Formel als Wiedergabe des dolus eventualis	97
D. Die Formel als Ausgestaltung fahrlässigen Verhaltens ...	98
 <u>Kapitel 2: Kritik an den herkömmlichen Ansichten</u>	98
A. Die herrschende Meinung	98
I. Vermutung	98
II. Gesetzliche Beweisregel	99
1. Richterliche Feststellungen <u>vor</u> der Formel	99
2. Richterliche Feststellungen <u>innerhalb</u> der Formel .	100
3. Ist die Ansicht der h.M. brauchbar?	101
4. Ergebnis	102
B. Wiedergabe des dolus eventualis	103
C. Die prima facie-Beweistheorie	103

<u>Teil II</u> : Sind die Wendung und die Formel sowie die Tatbestände des § 245 a StGB insgesamt mit unseren rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar?	103
<u>Abschnitt 1</u> : Die Wendung und die Formel	104
<u>Abschnitt 2</u> : Die Tatbestände des § 245 a StGB insgesamt ...	104
<u>Kapitel 1</u> : Tatstrafrecht - Gesinnungsstrafrecht	105
<u>Kapitel 2</u> : Gefährlichkeitsstrafrecht	106
A. Abstrakte Gefährdungsdelikte	107
B. Abstrakte oder konkrete Gefährdung?.....	108
<u>Kapitel 3</u> : Schuld und Tätergefährlichkeit	110
<u>Kapitel 4</u> : Strafwürdigkeit	113
<u>Abschnitt 3</u> : Ergebnis	116
<u>S c h l u ß</u>	117
<u>Kapitel 1</u> : Das kommende deutsche Strafrecht	117
<u>Kapitel 2</u> : Abschließende Betrachtungen	118

Quellenverzeichnis

- Baden Straßengesetzbuch für das Großherzogtum Baden
vom 6.3.1845 neben dem Einföhrungs-Edict.
Amtliche Ausgabe, Karlsruhe 1845
- Belgien Das Belgische Straßengesetzbuch (Code Pénal Bel-
ge) vom 8.7.1867 nach dem Stande vom 1.1.1957,
übersetzt von Grützner, unter Mitwirkung von
Kiekebusch - Einleitung von Marchal,
in: SammaußStGBü, Berlin 1958
- DRAnzPreußStAnz Begründung zu dem Gesetz gegen gefährliche
Nr. 277 vom 27.
Nov. 1933, S. 2 Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der
Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 (RGBl.
I 995) (Veröffentlichung vom Reichsjustizmini-
sterium)
- Entwurf 1919 Entwürfe zu einem Deutschen Straßengesetzbuch,
veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustiz-
ministeriums, Berlin 1920
- Entwurf 1959 Entwurf eines Straßengesetzbuches nach den Be-
schlüssen der Großen Strafrechtskommission, in
erster Lesung zusammengestellt vom Bundesmini-
sterium der Justiz,
in: Niederschriften Bd. XII, S. 549 ff.
(Anhang B)
- Entwurf 1959 II Entwurf eines Straßengesetzbuches (E 1959 II)
nach den Beschlüssen der Großen Strafrechts-
kommission, in zweiter Lesung zusammengestellt
und überarbeitet vom Bundesministerium der Ju-
stiz, Bonn 1959
- Entwurf 1960 Entwurf eines Straßengesetzbuches (StGB) mit
Begründung, Bundesrat Drucksache 270/60
- Entwurf 1962 Entwurf eines Straßengesetzbuches (StGB) mit
Begründung - Bundestagsvorlage

Finnland	Das Finnische Strafgesetzbuch vom 19.12.1889 nach dem Stande vom 1.4.1953, übersetzt von Honkasalo, <u>in</u> : SammaußStGBü, Berlin 1954
Frankreich	Code Pénal. Edition conforme a l'Edition originale du Bulletin de lois. Precede. De l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'Etat, sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une Table alphabétique des Matières, Paris 1810
Hessen	Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen vom 17.9.1841 nebst den damit zusammenhängenden Gesetzen, Darmstadt 1841
Italien	Das Italienische Strafgesetzbuch (Codice penale) vom 19.10.1930, nach dem Stand vom 1. Jan. 1933, in deutscher Übersetzung von Bunge, <u>in</u> : SammaußStGBü, Leipzig und Berlin 1933
Materialien zur Strafrechtsreform	Amtliche Begründung eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, 1925 (Reichsratsvorlage), Bd. III, Bonn 1954 (Nachdruck)
Materialien zur Strafrechtsreform	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927 mit Begründung und zwei Anlagen (Reichstagsvorlage), Bd. IV, Bonn 1954 (Nachdruck)
Materialien zur Strafrechtsreform	Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1930 (Entwurf Kahl), Bonn 1954 (Nachdruck)
Materialien zur Strafrechtsreform	Rechtsvergleichende Arbeiten, I. Allgemeiner Teil, Bonn 1954

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Materialien zur Strafrechtsreform | Rechtsvergleichende Arbeiten, II. Besonderer Teil, Bd. II, Bonn 1955 |
| Niederschriften | über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Allgemeine Fragen zum Besonderem Teil, Bd. V, 53. bis 58. Sitzung, Bonn 1958 |

- Bemmann Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit,
in: Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 20, Göttingen 1957
- Bemmann Was bedeutet die Bestimmung "wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist" in § 186 StGB?
in: MDR 1956, S. 387 ff.
- Bettenhausen Der subjektive Tatbestand der Hehlerei des amtlichen Entwurfs 1927 im Vergleich zum geltenden Recht, Diss., Bonn 1929
- Beyer Zum inneren Tatbestand der Hehlerei,
in: DStrZ 1921, S. 296 f
- Bierling Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, Freiburg (Breisgau) und Leipzig 1911
- Binding Die Normen und ihre Übertretungen. Eine Untersuchung über rechtmäßige Handlung und die Arten des Deliktes, Bd. I, 3. Auflage, Leipzig 1916 und Bd. II, 2. Auflage, Leipzig 1916 (Normen I oder II)
- Binding Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904 (Grundriß)
- Binding Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. I, 2. Auflage, Leipzig 1902; Bd. II, 1. Halbbd., 2. Aufl., Leipzig 1904 (Lehrbuch I, II)
- Bockelmann Der Nachweis des Hehlervorsatzes in: Strafrechtliche Untersuchungen, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, S. 258 ff. Göttingen 1957, und
in: NJW 1954, S. 1745.
- Bockelmann Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat,
in: NJW 1951, S. 620 ff.

- Bockelmann Ist die Weitergabe ehrverletzender Tatsachen strafbar, die der Beleidigte selbst mitgeteilt hat?
in: JR 1954, S. 327 ff.
- Bockelmann Leitsätze zum Thema: Die Bedingung der Strafbarkeit,
in: Niederschriften Strafrechtskommission, Umdruck R 136, Anh. Nr. 11, S. 237 ff. (Niederschriften)
- Bockelmann Studien zum Täterstrafrecht, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, hrsgg. von Graf von Gleispach und Kohlrausch, 4. Folge, Bd. IV, 4. Heft (1939), 1. Teil, Berlin 1939
(Studien 1939)
- Bockelmann Studien zum Täterstrafrecht, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, hrsgg. von Graf von Gleispach und Kohlrausch, 4. Folge, Bd. 4, 5. Heft (1940), 2. Teil, Berlin 1940
(Studien 1940)
- Burger Der innere Tatbestand bei der Hehlerei nach § 259 StGB des geltenden Rechts, Diss., Köln 1934
- Centawer Zur Lehre der Sachhehlerei, Diss., Breslau 1919
- Dalcke Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Straf- und Ordnungsrechts und des Straf- und Bußgeldverfahrens mit Erläuterungen, begründet von Dalcke, 37. völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl. von Fuhrmann und Schäfer, Berlin 1961
(Dalcke-Fuhrmann-Schäfer)
- Dreher-Maassen Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 3. neubearbeitete und erweiterte Aufl., München und Berlin 1959
- Duden Der Große Duden, Bd. IV, Grammatik der deutschen Gegenwartssprache, herausgegeben von der Dudenredaktion unter Leitung von Grebe unter Mitwirkung namhafter Fachgelehrter, völlig neubearbeitet, Mannheim 1959

- Ebell Zum subjektiven Tatbestand der Hehlerei (§ 259 StGB), Diss., Heidelberg 1940
- Eck Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Nach dem Tode des Verfassers durch Feststellung des Wortlauts fortgeführt und mit Anmerkungen versehen von Leonhard, Bd. I und II, 1. und 2. Aufl., Berlin 1903
- Endt, von Das Delikt der Hehlerei in seiner zivilrechtlichen Bedeutung, Diss., Köln 1926
- Engisch Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff, I. Bd. Halbband 1, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch von Enneccerus, 15. neubearbeitete Aufl. von Nipperdey, Tübingen 1959
- Flandrak Die Präsumtion im Strafrecht, Wien 1933
- Förster-Kann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zu seinen Nebengesetzen. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich von Förster, 3. vollständig neubearbeitete Aufl. von Kann, Bd. II, Berlin 1926
- Frank Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Nachtrag zur 18. Aufl., Die Strafgesetzbuchgebung der Jahre 1931 bis 1939, herausgegeben und erläutert von Schäfer und Dohnanyi, Tübingen 1936
- Freiesleben-Kirchner-Niethammer Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1936
- Freisler Willensstrafrecht; Versuch und Vollen-
dung,
in: Das kommende Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., 1935

- Freisler Der Versuch,
in: Grundzüge eines Allgemeinen Teils
des Deutschen Strafrechts, Berlin
1935, S. 70 ff.
(Versuch)
- Gallas Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom
Verbrechen,
in: ZStW 67, S. 1 ff.
- Gallas Gründe und Grenzen der Strafbarkeit -
Gedanken zum Begriff des Verbrechens
in: Hdbg. Jahrb. 1965 (Bd. IX), S.1 ff
- Garçon Code Pénal Annoté. Nouvelle edition
refondue et mise par Rousselet, Patin,
Ancel. Tome premier (Art. 1 à 294),
Paris 1952
- Garaud Traité Théorique et Pratique du Droit
Pénal Français tome cinquième, troisième
edition, Paris 1925
- Gerland Der deutsche Strafprozeß, Mannheim-Ber-
lin-Leipzig 1927
- Gersbach-Zirpius-
Schulz Strafgesetzbuch in der Fassung der Be-
kanntmachung vom 25.8.1953 mit ein-
gehenden systematischen Erläuterungen
- Sach- und Stichwörterverzeichnis und
104 Nebengesetzen, Erstausgabe 1905
von Gersbach, neubearbeitet von Zirpius
und Schulz, Braunschweig 1954
- Glaser Handbuch des Strafprozesses, Bd. I,
Leipzig 1883
- Grüninger Der strafbare Besitz von Diebeswerk-
zeugen (§ 245 a StGB), Diss., Frei-
burg i.Br., Würzburg 1937
- Grützner- Kiekebusch siehe Quellenverzeichnis, Belgien
-Marchal
- Hachenburg Kommentar zum Gesetz betreffend die
Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
6. Aufl., bearbeitet von Schmidt, Schil-
ling, Klug und Goerdeler, II. Bd.,
Berlin 1959

- Harris-Wilshere Principles and Practise of the Criminal Law, by Harris, 18. edition, by Wilshere, London-Toronto-Sydney 1950
- Hartung Steuerstrafrecht, Kommentar zu den Bestimmungen des Dritten Teils (Abschnitt I) der Reichsabgabenordnung, 3. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Berlin und Frankfurt (Main) 1962
- Hedemann Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches, Jena 1904
- Hegler Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW 36, S. 184 ff.
- Heimann-Troisen Der vermutete Vorsatz in § 259 StGB, in: NJW 1952, S. 366 f.
- Heindl Besitz von Einbruchswerkzeug strafbar, in: Arch. f. Krim. 73, S. 289
- Henkel Die "praesumptio doli" im Strafrecht, in: Festschrift für Eberhardt Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsgg. von Bockelmann und Gallas, S. 578 ff., Göttingen 1962
- Hippel, von Deutsches Strafrecht, II. Bd., Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930
- Hoffmann Beweislast und Rechtfertigung bei ehrverletzenden Behauptungen im politischen Bereich, in: NJW 1966, S. 1200 ff.
- Hölder Zum allgemeinen Teil des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, in: AcP 73, S. 1 ff.
- Holtzendorff Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 2. Bd., Berlin 1879
- Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, begründet von Holtzendorff, hrsgg. von Kohler, 7., der Neubearbeitung 2. Aufl., III. Bd., 4. Zivilprozeß und Konkursrecht, S. 251 ff., München-Leipzig und Berlin 1913

- Honkasalo Siehe Quellenverzeichnis, Finnland
- Jantscheff Die Sachhehlerei, Diss., Leipzig 1908
- Kann Die Willensbildung des Täters bei Begünstigung und Hehlerei, Diss., Erlangen 1922
- Kaufmann, Arthur Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,
in: JZ 1954, S. 653 ff.
- Kaufmann, Arthur Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit,
in: JZ 1963, S. 425 ff.
- Kaufmann, Armin Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954 (Lebendiges)
- Kern Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 7. völlig neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1965
- Klee Anmerkungen zum Urteil des Reichsgerichts vom 1.10.1934 - 3 D 898/34 -, (abgedruckt in JW 1934, S. 2919 = RGSt 69, 80 ff.),
in: JW 1934, S. 2919
- Kleinknecht-Müller-Reifberger Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz von Kleinknecht, Müller, mitbegründet von Reifberger, mit Kostenanhang von Langmeier, 4. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Darmstadt-Nürnberg-Düsseldorf-Berlin 1958 (KMR)
- Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl., bearbeitet von Lange, Berlin 1961
- Kohlrausch Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen,
in: Das kommende Deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Berlin 1935, S. 297 ff.

- Kollmann Der symptomatische Verbrechensbegriff,
in: ZStW 28, S. 449 ff.
- Kuhn Die Beweislast insbesondere im
Schweizer Zivilgesetzbuch, Bern 1912
- Lang-Hinrichsen Zur Krise des Schuldgedankens im
Strafrecht - Eberhard Schmidt zum 70.
Geburtstag gewidmet,
in: ZStW 73, S. 210 ff.
- Lang-Hinrichsen Zur Frage der Zurechnung von Folgen
der Straftat bei der Strafzumessung,
in: GA 1957, S. 1 ff.
- Lang-Hinrichsen Die kriminalpolitischen Aufgaben der
Strafrechtsreform, Gutachten für den
43. Deutschen Juristentag (Verhandlungen
des 43. Deutschen Juristentages,
Bd. I, 3. Teil), Tübingen 1960
(Gutachten)
- Lang-Hinrichsen Zum gegenwärtigen Stand der Straf-
rechtsreform in der Bundesrepublik
Deutschland (Ein Bericht),
in: JR 1965, S. 201 ff.
- Lang-Hinrichsen Die Rechtssprechung des Bundesgerichts-
hofes zum materiellen Strafrecht,
in: DRiZ 1960, S. 380 ff.
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
Tübingen 1960
- Leipziger Kommentar Das Reichsstrafgesetzbuch, begründet
von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, fort-
geführt von Nagler, I. Bd. Einleitung
und §§ 1 - 152; II. Bd., §§ 153 - 370,
hrsgg. von Jagusch, Mezger, gemein-
schaftlich mit Schaefer, Werner, Bd. I.,
Berlin 1957, Bd. II, Berlin 1958
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht. Ein Studienbuch von
Lent, neubearbeitet von Jauernig, 12.
neubearbeitete Aufl., Berlin und Mün-
chen 1965
- Leonhard Die Beweislast, 2. verbesserte Aufl.,
Berlin 1926

- Leopold Die Partiererei (§ 259 StGB), wie sie wurde und was sie werden soll, Diss., Berlin 1913
- Liszt, von Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. völlig durchgearbeitete Aufl., Berlin und Leipzig 1919
- Liszt, von Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. durchaus umgearbeitete Aufl., Berlin und Leipzig 1884 (1884)
- Liszt v. - Schmidt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I. Bd., Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. völlig neubearbeitete Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 21. neubearbeitete Aufl., hrsgg. von Dünnebier, Geier, Jagusch, Kohlhaas, Schäfer, Sarstedt, I. Bd., Berlin 1963; II. Bd., Berlin 1965 (Löwe-Rosenberg I oder II)
- Lucas-Dürr Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Berlin 1931
- Lüdemann Die Vermutungen im Strafrecht, Diss., Münster 1955
- Mattern Steuervergehen und Straffreiheitsgesetz, in: DRZ 1950, S. 247 ff.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar, Lieferung 1 bis 8, München und Berlin 1966
- Maurach Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965; Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1964 (Maurach A.T. oder B.T.)
- Maurach Grundriß des Strafrechts, Wolfenbüttel und Hannover 1948 (Grundriß)
- Mayer, Hellmuth Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart - Köln 1953

- Mayer, Max Ernst Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1915
- Meisch § 245 a StGB, Diss., Jena, Erlangen 1936
- Meixner Der Indizienbeweis, mit einem Geleitwort von Meinert, 2. erweiterte und verbesserte Aufl., Hamburg 1962
- Mezger-Blei Strafrecht, Ein Studienbuch von Mezger, fortgeführt von Blei, I. Bd. Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München und Berlin 1965; II. Bd. Besonderer Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1964 (Studienbuch I oder II)
- Mezger Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in: NJW 1953, S. 2 f.
- Mezger Der Tatbestand im Strafrecht, Sonderdruck aus der Festschrift für Maurović, Beograd 1934 (Sonderdruck)
- Mezger Anmerkungen zum Urteil des Reichsgerichts vom 8.1.1935 - 4 D 1463/34 -, abgedruckt in JW 1935, S. 1096 f., in: JW 1935, S. 1096 f.
- Minnich Der § 245 a StGB, seine Tatbestände und seine Stellung im Strafrecht, Diss., Hamburg 1935
- Müller, Horst-Joachim Objektive und subjektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, in: JZ 1962, S. 471 ff.
- Newman Das englisch-amerikanische Beweisrecht, mit einem rechtsvergleichenden Vorwort von Sachs, Heidelberg 1949
- Niese Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Eine Sammlung von Vorträgen aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Heft 156/157, Tübingen 1951

- Niese Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht. Betrachtungen eines Strafrechtlers zu Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Tübingen 1952/55,
in: JZ 1956, S. 357 ff.
- Niese Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Bd. 1 und 2 der amtlichen Sammlung - Entscheidungen zum StGB),
in: JZ 1953, S. 173 ff.
- Niese Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen,
in: JZ 1957, S. 658 ff.
- Niese Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Bd. 4 bis 10 der amtlichen Sammlung - Entscheidungen zum Strafverfahrensrecht),
in: JZ 1960, S. 630 ff.
- Niese Prozeßvoraussetzungen und -hindernisse und ihre Feststellung im Strafprozeß,
in: DRZ 1949, S. 505 ff.
- Niese Zur Frage der freien Beweiswürdigung,
in: GA 1954, S. 148 ff.
- Niethammer Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
- Niethammer Die Rechtsprechung der Revisionsgerichte zum Strafverfahren seit dem Jahr 1946,
in: DRZ 1949, S. 193 ff.
- Noll Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten - Faits justificatifs extralégaux en particulier le consentement du lésé, Basel 1955
(Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe)
- Noll Die ethische Begründung der Strafe,
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart - Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, Heft 244, Tübingen 1962

- Noll Zum gegenwärtigen Stand der Deutschen Strafrechtswissenschaft - Bemerkungen zur Festschrift für Eb. Schmidt, in: SchwZStr 1962, S. 377 ff.
- Ollmert Strafbarer Besitz von Diebeswerkzeugen (§ 245 a StGB), Diss., Frankfurt (Main), Bleicherode 1939
- Olshausen, von Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., neu bearbeitet von Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner, Gutjahr, I. und II. Bd., Berlin 1927
- Overbeck, von Beweisrecht und materielles Strafrecht in: SchwZSt 33, S. 340 ff.
- Peters Strafprozeß. Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952
- Rau Über die Begriffe Diebeswerkzeug und Gewahrsam in § 245 a StGB, Diss., Erlangen, Düsseldorf 1935
- Rechenberg, Freiherr von Besitz von Waffen und Einbruchswerkzeug als besonderer Tatbestand, in: Arch. f. Krim. 91, S. 68 f.
- Rietzsch Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933, in: DJ 1933, S. 741 ff.
- Rittler Strafbarkeitsbedingungen, in: Festgabe für Frank, Bd. II, hrsgg. von Hegler, Tübingen 1930
- Rittler Der Indizienbeweis und sein Wert, in: SchwZSt 43, S. 173 ff., Festgabe für Stooss
- Rosenberg Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung, 5. durchgesehene Aufl., München und Berlin 1956
- Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. verbesserte Aufl., München und Berlin 1961 (Lehrbuch)

- Rosenfeld Deutsches Strafprozeßrecht. Ein Lehrbuch, 4. und 5. vollständig durchgearbeitete Aufl., Berlin 1912
- Sachs Die Behandlung des Beweisproblems im deutschen Strafverfahren. Einleitender Aufsatz,
in: Newman, Das englisch-amerikanische Beweisrecht, Heidelberg 1949
- Salchow Die Sachhehlerei. Ein Beitrag zu den Reformbestrebungen, Diss., Köln 1937
- Sauer System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln-Berlin 1954
- Sauer Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmäßige Darstellung, 3. völlig neue Aufl. der "Grundlagen des Strafrechts", Berlin 1955
(Strafrechtslehre)
- Sax Grundsätze der Strafrechtspflege
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. III, Halbbd. 2, Berlin 1959
- Schäfer Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933,
in: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1. Aufl., Berlin 1935, S. 1362 ff.
- Schäfer-Richter-Schafheutle Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934 mit Ausführungsvorschriften, Berlin 1934
- Schäfer-Wagner-Schafheutle Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung, Berlin 1934
- Schaffstein Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems,
in: ZStW 57, S. 295 ff.
- Schlösser Die Hehlerei nach geltendem deutschen Strafrecht und in den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Diss., Tübingen 1932

- Schlüter Der strafbare Besitz von Diebeswerkzeugen (§ 245 a StGB) in rechtsvergleichender und systematischer Darstellung, Diss., Halle, Leipzig 1938
- Schmid Die Präsumtion im deutschen Reichsstrafrecht, Diss., Jena 1884
- Schmidhäuser Objektive Strafbarkeitsbedingungen, in: ZStW 71, S. 545 ff.
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964, Teil II, Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen 1957
- Schmidt, Eberhard Sind Steuervergehen von der Amnestie ausgeschlossen? in: MDR 1950, S. 624 ff.
- Schmidt, Richard Besprechung von Stein, Das Zivilprozeßrecht, Grundriß in Dirkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig 1899, S. 1171 ff., in: ZZP 32, S. 441 ff.
- Schönith Hehlerei und Erwerb verdächtiger Sachen unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Diss., Heidelberg 1938
- Schönke Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, in: MDR 1947, S. 85 ff.
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Schönke, fortgeführt von Schröder, 12. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1965
- Schönke-Schröder-Niese Lehrbuch des Zivilprozeßrechts von Schönke, 8. Aufl., neu bearbeitet von Schröder und Niese, Karlsruhe 1956
- Schröder Zur Zulässigkeit gesetzlicher Beweisregeln im Strafrecht (Bemerkungen zu einem Urteil des Landgerichtes in Heidelberg), in: NJW 1959, S. 1903 ff.

- Schröder Die Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshofes,
in: ZStW 65, S. 178 ff.
(Irrtumsrechtsprechung)
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, begründet von Schwarz, fortgeführt von Dreher, (Kurzkommentar), 27. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1965
- Schwarz-Kleinknecht Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze, und ergänzende Bestimmungen, begründet von Schwarz, fortgeführt von Kleinknecht, 26. neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1966
- Schwarze, von Begünstigung und Hehlerei,
in: GS 24, S. 368 ff.
- Schweikert Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten,
in: ZStW 70, S. 394 ff.
- Seibert Zur Begründung der inneren Tatseite der Hehlerei,
in: DRiZ 1958, S. 51
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, begründet von Gaupp, fortgeführt von Stein und Jonas, 18. Aufl., bearbeitet von Schöнке, fortgeführt von Pohle, I. Bd., Tübingen 1933 bis 1960
- Stempel Die Lehre von der Begünstigung und Hehlerei, Diss., Breslau 1916
- Stern Interpretation - eine existenzielle Aufgabe der Jurisprudenz,
in: NJW 1958, S. 695 ff.
- Stratenwerth Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches
in: ZStW 71, S. 565 ff.
- Stree In dubio pro reo,
in: Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen; herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen, Bd. V, Tübingen 1962

- Stree Beteiligung an einer Schlägerei -
BGHSt 16, 120,
in: JuS 1962, S. 93 ff.
- Tempelhoff, von Bedeutung und Auslegung der Worte "oder
den Umständen nach annehmen muß" des
§ 259 StGB in materieller und prozes-
sualer Hinsicht, Diss., Mainz 1957
- Tesar Der symptomatische Verbrechensbegriff,
in: ZStW 29, S. 82 ff.
- Villnow Raub und Erpressung, Begünstigung und
Hehlerei, Breslau 1875
- Wach Die Beweislast nach dem Bürgerlichen
Gesetzbuche,
in: ZZP 29, S. 359 ff.
- Wächter, Carl Deutsches Strafrecht, Vorlesungen,
Georg, von hrsgg. von Otto v. Wächter, Leipzig 1881
- Waldthausen Die Begünstigung,
in: GA 29, S. 375 ff.
- Weber, von Negative Tatbestandsmerkmale,
in: Festschrift für Mezger, hrsgg. von
Engisch und Maurach, München und
Berlin 1954, S. 183 ff.
- Welzel Das Deutsche Strafrecht. Eine systema-
tische Darstellung, (Der erste Teil
des Buches ist zugleich die 10. er-
weiterte Aufl. von Welzel, Der Allge-
meine Teil des Deutschen Strafrechts
in seinen Grundzügen), 9. Aufl. Ber-
lin 1965
- Welzel Studien zum System des Strafrechts,
in: ZStW 58, S. 491 ff.
- Westhoff Die Sachhehlerei verglichen mit der
sogen. Personenhehlerei, Diss., Er-
langen 1911
- Wimmer Das Annahmelmüssen im Hehlereitattbestand.
- Eine Untersuchung nach der "Methode
der Realfaktoren",
in: NJW 1955, S. 321 ff.

- Windel Die Sachhehlerei (§ 259 StGB), Diss., Göttingen 1934
- Wolff Strafe ohne Schuld in deutschen Abgabengesetzen, Diss., Gießen 1913
- Zeitler Strafe ohne Schuld im Deutschen Reichsstrafgesetzbuch, Diss., Erlangen 1899
- Zimmerl Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme, in: Strafrechtliche Abhandlungen, hrsgg. von Schoetensack, Heft 237, Breslau 1928
- Zimmermann Willenserklärung und Gesetz. Rechtsmethodologische Tendenzen in der juristischen Praxis, in: NJW 1951, S. 948 ff.
- Zimmermann Mehrstufige Rechtsfindung als Verbindung subjektiver und objektiver Auslegungsmethode. - Dargestellt an aktuellen Rechtsfragen der juristischen Praxis, in: NJW 1954, S. 1628 ff.
- Zimmermann Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchststrichterlicher Rechtsprechung, in: NJW 1956, S. 1262 ff.
- Zimmermann Struktur- und Einzelfragen der Gesetzesauslegung, in: GA 1955, S. 336 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Orte
Abhandl.krim.Inst.	Abhandlungen des kriminalisti- schen Instituts an der Univer- sität Berlin
ABl.	Amtsblatt
AcP.	Archiv civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
Arch.f.Krim.	Archiv für Kriminologie
Art.	Artikel
AschZ.	Aschaffenburgers Zeitschrift
A.T.	Allgemeiner Teil des Strafge- setzbuches
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band (in römischen Ziffern ange- geben)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesge- richtshofes in Strafsachen (amt- liche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesge- richtshofes in Zivilsachen (amt- liche Sammlung)
B.T.	Besonderer Teil des Strafgesetz- buches
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfas- sungsgerichtes (amtliche Sammlung)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DAR	Deutsches Autorecht
Dekl.UNO	Deklaration der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen
ders.	derselbe
DJ	Deutsche Justiz
DOG	Deutsches Oberstes Gericht für das vereinigte Wirtschaftsgebiet
DR	Deutsches Recht

DRAnzPreußStAnz	Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
E	Entwurf (Jahreszahl des Entwur- fes wird nachfolgend angegeben, z.B. E 1960)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichts- verfassungsgesetz
Einl.	Einleitung
f.	folgende (bei Seiten-, Paragraphen oder Artikelangaben, wenn nur eine Seite, ein Artikel oder ein Para- graph folgt)
ff.	folgende (wenn mehrere Seiten, Paragraphen oder Artikel folgen)
Formel	"... sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werk- zeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist ..." (in § 245 a Absatz 1 StGB)
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldammer, zitiert nach Bän- den, seit 1953 nach Jahrgängen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepu- blik Deutschland (Bonner Grund- gesetz)
GS	Gerichtssaal
GewVerbrG	Gewohnheitsverbrechergesetz
Hdbg. Jahrb.	Heidelberger Jahrbücher
HES t	Höchstrichterliche Entscheidun- gen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Straf- sachen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KMR	Kleinknecht-Müller-Reitberger (siehe Literaturverzeichnis)
KO	Konkursordnung
Krim. Abh.	Kriminalistische Abhandlungen, hrsgg. von Exner
KWVO	Kriegswirtschaftsverordnung

Lehrkomm.	Lehrkommentar
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
LM	Nachschlagwerk des Bundesge- richtshofs, hergg. von Lindenmaier-Möhring
Mat.	Materialien zur Strafrechts- reform
MRKV	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
M Schr.Krim.	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OGHBrZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Briti- sche Zone
OLG	Oberlandesgericht
PressG	Pressegesetz
RAbgO	Reichsabgabenordnung
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsge- richts in Strafsachen (amt- liche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsge- richtes in Zivilsachen (amt- liche Sammlung)
RPressG	Reichspressgesetz
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
RStW	Recht, Staat, Wirtschaft
S.	Seite(n) (alle Seitenangaben sind nach dem Beginn der Ent- scheidung oder sonstigen Fund- stelle zitiert; die Seite, auf der sich die maßgeblichste Stelle befindet, steht unter- strichen dahinter.) (z.B.: S. 260 ff. <u>262</u>)
SammuBStGBü	Sammlung außerdeutscher Straf- gesetzbücher
SchwZStr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Strafr. Abh.	Strafrechtliche Abhandlungen hrsgg. von Schoetensack
u.s.w.	und so weiter
v.	von
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vgl. Darst. Str.	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts
Vorbem.	Vorbemerkungen
Wendung	"... oder den Umständen nach an- nehmen mußte ..." in § 245 a Absatz 2 oder § 259 StGB
WiBl.	Wirtschaftsblatt
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

E i n l e i t u n g

Kapitel 1: Entstehung und Bedeutung der Vorschrift

Das "Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung" vom 24. November 1933 (RGBl. I, S. 995) ¹⁾ bestimmt in Art. 1 Nr. 2, daß als § 245 a folgende Vorschrift in das Strafgesetzbuch eingefügt wird:

"Wer Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam hat oder von einem anderen für sich verwahren läßt, nachdem er wegen schweren Diebstahls, Diebstahls im Rückfall, Raubes, gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei oder Hehlerei im Rückfall (§§ 243 bis 245, 249 bis 252, 260, 261) rechtskräftig verurteilt worden ist, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist.

Wer Diebeswerkzeug für einen anderen in Verwahrung nimmt oder einem anderen überläßt, obwohl er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist, wird, sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bestraft.

Das Diebeswerkzeug ist einzuziehen, auch wenn es dem Täter nicht gehört.

In den Fällen des Absatzes 1 kommt eine frühere Verurteilung nicht in Betracht, wenn zwischen dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der Tat des Absatzes 1 mehr als fünf Jahre verstrichen sind. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in der der Täter eine Freiheitsstrafe verbüßt oder auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird. Eine ausländische Verurteilung steht einer inländischen gleich, wenn die geahndete Tat nach deutschem Recht ein Verbrechen der im Absatz 1 genannten Art wäre."

Die Bestimmung trat mit dem Beginn des 28. November 1933 in Kraft ²⁾.

1) Hier kurz "Gewohnheitsverbrechergesetz" genannt.

2) Art. 4 GewVerbrG in Verbindung mit der Veröffentlichung im DRAnzPreußStAnz Nr. 277 vom 27. November 1933, S. 2.

Der leitende Gedanke des Gewohnheitsverbrechergesetzes bestand darin, "die Autorität des Staates gegenüber dem Rechtsbrecher zu steigern" und der staatlichen Gewalt "wirksamere Waffen als bisher gegen das gemeingefährliche Verbrechen zur Verfügung zu stellen" ¹⁾. Der Wortlaut der in § 245 a Absatz 1 und Absatz 2 StGB aufgenommenen Tatbestände läßt diese rechtspolitische Zielsetzung unschwer erkennen. Die staatliche Strafgewalt soll den gefährlichen "Berufs- oder Gewohnheitsverbrecher" bereits im Vorstadium des Versuches (§§ 242, 243 i.V.m. 43 StGB) treffen. Auch die Helfershelfer dieser Personen ("Kaschemmenwirte, Freundinnen" ²⁾) werden nach § 245 a Absatz 2 StGB bereits in diesem Stadium für strafwürdig erachtet. Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat dieses sein Bestreben, den Verbrechensbeginn vorzuverlegen ³⁾, um "möglichst früh und mit aller Macht" ⁴⁾ gegen den Rechtsbrecher vorgehen zu können, darüber hinaus durch "widerlegbare Beweis- oder Schuldvermutungen" ⁵⁾ verwirklichen wollen.

Diese sollten mit den Worten "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" in § 245 a Absatz 1 StGB und "obwohl er weiß oder den Umständen nach annehmen muß,

-
- 1) So die amtliche Begründung zu dem Gewohnheitsverbrechergesetz in DRAnzPreußStAnz Nr. 277 vom 27. November 1933, S. 2; auch Schäfer bei Frank, S. 66 ff.
 - 2) Amtliche Begründung in DRAnzPreußStAnz a.a.O.
 - 3) Nach Freisler, S. 11 ff. und 26, und (Versuch) S. 72 ff., soll die Vollendung des Delikts bereits in das Versuchsstadium, somit also der Versuch in den Bereich der (an sich straflosen) Vorbereitungshandlung vorverlegt werden.
 - 4) Freisler, S. 22.
 - 5) Vgl. die amtliche Begründung a.a.O.

daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" in § 245 a Absatz 2 StGB in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden.

Kapitel 2: Aufgabenstellung

Gegenstand und Aufgabe dieser Arbeit ist es zu untersuchen, ob die "Vermutungstatbestände" ¹⁾ des § 245 a Absatz 1 und 2 StGB mit den nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes durch das Bonner Grundgesetz wiedergewonnenen Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit vereinbart werden können, d.h. ob sie nicht übergeordneten strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätzen, die unumstößlicher Bestandteil unserer freiheitlichen Rechtsordnung sind, widerstreben.

Die Gliederung der Arbeit ergibt sich zwingend aus der Themenstellung. In einem ersten Abschnitt wird die Rechtsnatur der genannten Wendungen, ihre Einordnung in die Dogmatik des Strafrechts und Strafprozeßrechts dargelegt werden, um in einem zweiten Abschnitt die aufgefundenen Ergebnisse auf Grund unserer heutigen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu überprüfen.

Die dabei auftretenden Fragen und Probleme sind von hoher Aktualität. Dies zeigen gerade ein Urteil des Landgerichtes Heidelberg ²⁾, das den Tatbestand des § 245 a Absatz 1 StGB für unvereinbar mit unserem heutigen Rechtsdenken hält, sowie die in dem "Entwurf eines Strafgesetzbuches" ³⁾ gegen die Bestimmung des § 245 a StGB geäußerten Bedenken. Auch die Arbeiten von Henkel und Stree geben Anlaß, diese hoff-

1) Maurach, B.T., § 26 VII, S. 222, kennzeichnet den Tatbestand des Absatzes 1 als "vermutete Vorbereitungs-handlung" und den des Absatz 2 als "vermutete Gefährdungs-handlung".

2) LG Heidelberg, Urteil vom 3.10.1958 - 3b Kls 15/58 -, abgedruckt in NJW 1959, S. 1932; a.A. in neuerer Zeit OLG Braunschweig in NdsRpfl. 63, S. 189.

3) Entwurf 1962, Einleitung vor § 235, S. 400.

nungslos umstrittene Vorschrift in ihrer dogmatischen Struktur, ihrer rechtspolitischen Berechtigung und ihrer Vereinbarkeit mit den Grundsätzen eines Schuldstrafrechts und rechtsstaatlichen Beweisrechts eingehend zu untersuchen. Insbesondere muß man der Vorschrift des § 245 a StGB auch deshalb mit kritischer Aufmerksamkeit begegnen, weil sie auf nationalsozialistisches Gedankengut zurückzuführen sein könnte; denn das "Dritte Reich" hat gerade auf dem Gebiete des Strafrechts zu "einer Auflösung aller Grundsätze und Maßstäbe für Recht und Gerechtigkeit" geführt ¹⁾. Sollte es sich bei der Vorschrift des § 245 a StGB um ein solches "Überbleibsel" nationalsozialistischen Unrechtdenkens handeln, muß es eine vordringliche Aufgabe sein, diese Bestimmung zu beseitigen.

1) So Niese in JZ 1953, S. 173 ff., 173.

H a u p t t e i l

Teil I: Der Sinngehalt der "Wendung" und der "Formel" ¹⁾

Abschnitt 1: Die "Wendung" des § 245 a Absatz 1 StGB

Zunächst sollen die Worte "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" ¹⁾ des § 245 a Absatz 1 StGB Gegenstand der Untersuchungen sein. Zwar ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 245 a Absatz 1 StGB der eingangs kurz aufgezeigte rechtspolitische Zweck, den der Gesetzgeber verfolgt hat; indessen stößt man bei der strafrechtlich-dogmatischen Analyse dieses Tatbestandes auf größte Schwierigkeiten. Mezger ²⁾ hat schon kurz nach Inkrafttreten der Bestimmung festgestellt, daß "die Technik des Gesetzes keine glückliche sei". Henkel ³⁾ spricht heute noch von einer "hoffnungslos umstrittenen Vorschrift". Die "Skala der Auslegungen", die wegen der heute jedenfalls nicht mehr allzu oft erfolgenden Anwendung der Bestimmung meistens sehr oberflächlich vorgenommen werden, reicht von der "Schuld-" oder "Vorsatzvermutung" ⁴⁾ über "Beweisvermutung" ⁵⁾, "objektive Bedingung der Strafbarkeit" ⁶⁾, "Vermutung für den objektiven Tatbestand" ⁷⁾ bis zur "Beweislastregel" ⁸⁾. Hinzu kommt, daß die einzelnen Ansichten terminologisch nicht exakt voneinander getrennt werden, daß insbesondere die allgemeinen Begriffe wie "Vermutung" oder "Beweis(last)regel" oder "Beweisvermutung" jeweils keine Erklärung finden. So führt bei-

1) Im Folgenden werden die Worte "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" in § 245 a Absatz 1 StGB kurz mit "Wendung" und die Worte "obwohl er weiß oder den Umständen nach annehmen muß" in § 245 a Absatz 2 StGB kurz mit "Formel" wiedergegeben werden.

2) Mezger in JW 1935, S. 1097 ff. 1098.

3) Henkel, a.a.O., S. 592.

4) LG Heidelberg in NJW 1959, S. 1932.

5) Lüdemann, S. 44.

6) RGSt 69, S. 80 ff. 81.

7) Kohlrausch-Lange, § 245 a V, S. 540.

8) Maurach, B.T., § 26 VII, S. 222; Klee in JW 1934, S. 2919 Nr. 23.

spielsweise Schröder ¹⁾ aus, es sei "letztlich eine mehr terminologische Frage, ob man (die Wendung) als 'gesetzliche Beweisregel', als 'Vorsatzvermutung' oder als einen Fall des 'prima facie-Beweises' bezeichne" ²⁾. Bei so eng nebeneinander liegenden, teilweise sogar sich deckenden Begriffen ist es aber in höchstem Maße erforderlich, sich einer exakten Terminologie zu bedienen. Nur begriffliche Klarheit läßt hier eine eindeutige Stellungnahme zu.

Kapitel 1: Auslegung

Gibt die Wortfassung des § 245 a Absatz 1 StGB zu verschiedenen Ansichten Anlaß, und ist es offenbar - die verschiedenartige Kommentierung der Vorschrift beweist es - schwierig, die wahre Lösung aufzuspüren, so kann nur eine erschöpfende Auslegung zu dem richtigen Ergebnis führen. Hierbei müssen die einzelnen von Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannten Auslegungsmethoden ³⁾ berücksichtigt und die jeweils mit Hilfe einer Methode aufgefundenen Ergebnisse "unter der richtigen Abwägung aller Auslegungsgesichtspunkte" ⁴⁾ einander abwägend gegenübergestellt werden.

1) Schröder in NJW 1959, S. 1903 ff., 1904.

2) Verwirrend auch die Terminologie des Reichsgerichtes in RGSt 69, 80 ff., 81, das die Begriffe "objektive Strafbarkeitsbedingung" mit "unwiderleglich vermutet" gleichbedeutend verwendet.

3) Vgl. Larenz, S. 30 ff.; auch die Überblicke bei Maurach, A.T., § 9, B, S. 85 ff.; LK-Jagusch, § 2, Anm. I 3; LK-Mezger, Einl. I, 1, S. 1; Schöнке-Schröder, § 2, VI, S. 61 ff.; insbesondere (natürlich unter besonderer Berücksichtigung des Zivilrechts) Bartholomeyczik, S. 18 ff., und Enneccerus-Nipperdey, §§ 51 bis 60; die zivilrechtlichen Auslegungsgesichtspunkte sind hier in gleicher Weise zu berücksichtigen, weil die Methodik der Auslegung auf allen Rechtsgebieten ähnlich ist, was Baumann, S. 132, Schöнке in MDR 1947, S. 85 ff., und Zimmermann in GA 1955, S. 336 ff., überzeugend dargelegt haben.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 56, IV, S. 335, der darin mit Recht letztlich die "wahre Kunst der Auslegung" sieht.

A. Die Wortinterpretation

I. Gegenstand und Aufgabe

Die Auslegung des Gesetzes beginnt nach richtiger Ansicht mit der "strikten Wortinterpretation" ¹⁾ unter der besonderen Berücksichtigung des juristischen Sprachgebrauchs ²⁾ und umfaßt den gesamten Wortlaut der auszulegenden Norm ³⁾. Diese umfassende Wortinterpretation (besser: "Wortlautinterpretation") versagt aber bei der Vorschrift des § 245 a Absatz 1 StGB wegen des zusätzlichen Erfordernisses der "Berücksichtigung des gesetzlichen Sprachgebrauchs". Denn nach dem spezifisch juristischen (hier: strafgesetzlichen) Sprachgebrauch kann man nur dann auslegen, wenn der Gesetzgeber schon andere Vorschriften in den gleichen Wortlaut gekleidet hat; zumindest ist nur dann ein "sicheres" Auslegungsergebnis zu erwarten. Einen mit der Wendung "sofern ... ist" übereinstimmenden Wortlaut weist aber nur § 296 StGB auf; diese Vorschrift kann zur Auslegung jedoch nicht herangezogen werden, da sie in ihrem heutigen Wortlaut erst später als § 245 a StGB in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden ist ⁴⁾ und die Wortfassung dieser Vorschrift nicht beeinflußt haben kann.

Darüber hinaus scheint es mir für alle weiteren Ausführungen unumgänglich und der folgenden Auslegungsarbeit förderlich, den verschachtelten, geradezu verwirrenden Wortlaut des § 245 a Abs. 1 StGB rein philologisch auf seinen sprachlichen Inhalt hin zu untersuchen. Dabei ist einmal die Satzkonstruktion, das Verhältnis der einzelnen Gliedsätze zueinander und

1) Bartholomeyczik, S. 18; BGH in NJW 1960, S. 829 ff. 829; Zimmermann in NJW 1956, S. 1262 ff.

2) Mit der Aufnahme dieses Zusatzes erledigen sich auch die Bedenken von Maurach, A.T., § 9 B 1, S. 85.

3) Bartholomeyczik, a.a.O., S. 19; Überblick bei Zimmermann in NJW 1956, S. 1262 ff. 1264.

4) Die Vorschrift des § 296 StGB wurde durch das "Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches" vom 28.6.1935 (RGBl. I, S. 839) in ihrem heutigen Wortlaut neugefaßt.

deren sich daraus ergebende Funktion aufzuklären; insoweit kann man von einer "syntaktischen Auslegung" sprechen. Diese "Ganzheitsbetrachtung" ¹⁾ wird durch eine - wie ich sie nennen möchte - "verbale Auslegung" ergänzt werden, innerhalb deren die Bedeutung einzelner Worte erfaßt werden wird. Insbesondere werden die Begriffe "Diebeswerkzeug" und "Umstände" zu deuten sein. Diese beiden Unterarten der philologischen Auslegung werden sich nicht streng voneinander trennen lassen. Denn man kann ebensowenig einen Begriff losgelöst von den anderen Satzteilen gänzlich verstehen, wie man auch die Funktion der einzelnen Gliedsätze bei ungewissem Begriffsinhalt einiger im Mittelpunkt stehenden Worte nicht erfassen kann. Dies umso mehr, als Literatur und Rechtsprechung bei den angestellten Auslegungen oder Auslegungsversuchen lediglich von dem "Sofern-Satz" sprechen, ohne zu berücksichtigen, daß dieser wiederum in zwei Gliedsätze unterteilt ist.

II. Die einzelnen Gliedsätze

Folgendes Satzgefüge ist zu bestimmen:

- (Gliedsatz I) "Wer Diebeswerkzeuge in Gewahrsam hat, wird ... bestraft",
- (Gliedsatz II) "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt",
- (Gliedsatz III) "daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist".

Der Gliedsatz (I) stellt sich als Subjektsatz mit relativem Anschluß dar ²⁾ und bildet somit den Hauptsatz des Tatbestandes des § 245 a Absatz 1 StGB. Von ihm ist der Gliedsatz (II) innerlich abhängig, was sich aus der Stellung die-

1) Insbesondere weist Maurach (A.T., § 9 B 1, S. 85) zu-
treffend darauf hin, daß neben dem gesetzlichen Sprach-
gebrauch "der Zusammenhang der gesetzlichen Vorschrift"
zu ermitteln sei.

2) Duden, Randnote 1094, S. 523.

ses Satzes und der ihn einleitenden Konjunktion "sofern" ergibt. Diese ist eine konditionale (den möglichen Grund, die Bedingung angehende) Konjunktion ¹⁾. An den somit als Konditionalsatz erkannten Gliedsatz (II) schließt sich - ebenfalls innerlich abhängig - wie aus Stellung und einleitender Konjunktion "daß" ersichtlich - Gliedsatz (III) an. Dieser mit der Konjunktion "daß" eingeleitete Nebensatz ersetzt den Gebrauch des substantivierten Begriffes "Nichtverwendungsbestimmung" ²⁾ und offenbart sich so als unselbständiges Satzglied des Gliedsatzes (II).

Die syntaktische Auslegung führt zu dem Ergebnis, daß Gliedsatz (III) in den Bedingungssatz (Gliedsatz II) aufgenommen und dieser wiederum als Nebensatz von dem Gliedsatz (I) (Hauptsatz) innerlich abhängig ist.

Diese Art der Auslegung ermöglicht es, nunmehr die Funktionen der einzelnen Gliedsätze festzustellen und damit den Sinngehalt des Satzgefüges zu erfassen. Gliedsatz (III) enthält den "Bedingungsgrund", das "Bedingungsereignis"; sein Vorliegen läßt die Bedingung eintreten, sein Fehlen dieselbe ausfallen. Durch Gliedsatz (II) wird ausgesprochen, auf welche Weise der Bedingungsgrund und damit der Bedingungs Eintritt festgestellt werden soll. In Gliedsatz (I) wird das "Geschehen" umschrieben, das bedingt sein soll ³⁾.

1) Duden, Randnote 599, S. 319 (unter c.).

2) Duden, Randnote 1054, S. 508.

3) Im Folgenden soll Gliedsatz (I) als "Bedingungsgrundlage", Gliedsatz (II) als "Bedingungsfeststellung" und Gliedsatz (III) als "Bedingungsgrund" bezeichnet werden. Die Einführung dieser Begriffe, auch wenn sie auf den ersten Blick verwirren können, scheint mir für spätere Untersuchungen unumgänglich und zur Abkürzung nützlich.

III. Die Bedingungsgrundlage (Gliedsatz I)

Aber schon hier setzen die Schwierigkeiten ein. Welches "Geschehen" nämlich soll in diesem Satz bedingt sein? Etwa die Aussage des ganzen Satzes, eben die Strafbarkeit (vgl. "Strafbarkeitsbedingung"!), oder soll sich die Bedingung etwa nur auf einen einzelnen Satzteil beziehen? An zwei Beispielen soll die Fragestellung veranschaulicht werden:

- (1) Ich kaufe das Auto, wenn ich genügend Geld habe.
- (2) Ich kaufe das Auto, wenn es mehr als 100 km/h fährt.

In Beispiel (1) wird das ganze Geschehen im Hauptsatz, der Autokauf, bedingt. In Beispiel (2) hingegen enthält der Bedingungssatz einen direkten Bezug zu einem einzigen Wort des Hauptsatzes, nämlich auf "Auto", dessen Eigenschaft der Fahrgeschwindigkeit "Bedingungsgrund" ist.

Wie Beispiel (2) so gibt auch Gliedsatz (III) deutlich zu erkennen, daß nur die Eigenschaft eines Begriffes aus dem Hauptsatz bedingt sein soll: nämlich eine Eigenschaft des Wortes "Diebeswerkzeuge". Denn das Subjekt des Gliedsatzes (III) "das Werkzeug", das auch alle weiteren Satzglieder ausrichtet, korrespondiert offensichtlich mit dem Wort oder besser Wortteil "Werkzeug" in "Diebeswerkzeug". Damit kommt es entscheidend auf die Begriffsmerkmale des Wortes "Diebeswerkzeug" an, wenn man die Bedingungsgrundlage (Gliedsatz I) inhaltlich bestimmen will. Dies umso mehr, als die nachfolgenden Gliedsätze (II) und (III) wegen ihrer innerlichen Abhängigkeit darauf aufbauen. Folglich muß zunächst der Begriff "Diebeswerkzeuge" interpretiert werden. Dabei versagt naturgemäß die "syntaktische Auslegung", und nur die "verbale" Auslegung kann weiterhelfen.

1) Das Tatbestandsmerkmal "Diebeswerkzeug"

Die Interpretation des Tatbestandsmerkmals "Diebeswerkzeug" nach dem juristischen Sprachgebrauch versagt auch hier, weil dieser Begriff eine Neuschöpfung in der Termi-

nologie des Strafrechts darstellt. Die §§ 117 Abs. 2, 223 a, 367 Nr. 10 StGB sprechen von "gefährlichem Werkzeug", § 243 Absatz 1 Nr. 3 StGB nur von "Werkzeug". Diese verwandten Begriffe können aber nicht bei der Auslegung herangezogen werden, da in diesen Vorschriften das Werkzeug als Mittel zur Begehung eines bestimmt abgegrenzten Tatbestand gebraucht wird, während in § 245 a StGB das Diebeswerkzeug der Gegenstand ist, auf den sich die strafbare Handlung bezieht ¹⁾.

a) "Diebes" und "Werkzeug"

Die Auslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt, daß der aus zwei Hauptwörtern - nämlich "Diebes" als Genitiv von "Dieb" und "Werkzeug" als dominanter Wortbestandteil - zusammengesetzte Begriff jedes Werkzeug umfaßt, das zur Ausführung von Diebstählen a) geeignet ist und b) erfahrungsgemäß oder im Einzelfall auch dazu verwendet werden soll ²⁾. Die Geeignetheit ergibt sich aus dem Wort "Werkzeug", die Zweckbestimmung aus "Diebes" ³⁾. Der Ansicht von Grüninger ⁴⁾, der sich - soweit ersichtlich - niemand angeschlossen hat, ist nicht zuzustimmen. Er führt aus, daß sich die Bestimmung des Werkzeuges zu Diebstählen "niemals aus der Interpretation des Begriffes Diebeswerkzeug" ergebe.

1) So Schäfer-Wagner-Schafheutle, § 245 a, Anm. 2; zustimmend Grüninger, S. 24.

2) Vgl. Schlüter, S. 27.

3) So im Ergebnis die ganz herrschende Meinung; vgl. hierzu: RG 69, 80 ff. 80 ("aus der Fassung des Gesetzes" gefolgert); Mezger, JW 1935, S. 1097 ff. 1098; Klee, JW 1934, S. 2919; LK-Jagusch, § 245 a, Anm. 2 b, S. 355; Kohlrausch-Lange, § 245 a, Anm. II, S. 540; der Bundesgerichtshof (vgl. BGHSt 8, S. 110 ff. 112) drückt sich zwar unklar aus, erkennt diese Ansicht aber - wie aus dem Zusammenhang zu entnehmen ist - als richtig an; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 245 a, Anm. 2 und 5, S. 102; Dreher-Maassen, § 245 a, Anm. 1 u. 2; Sauer, § 3, Anm. III, 3 e, S. 45; Schäfer bei Frank, S. 75 ff., 76; a.A.: Grüninger, S. 31.

4) Grüninger, a.a.O.

Dem widerspricht aber der Wortlaut des Gesetzes; es wäre unerfindlich, weshalb das Gesetz den Zusatz "Diebes" zu "Werkzeug" enthält. So führt Mezger ¹⁾ auch mit Recht aus, daß der Ausdruck "D i e b e s werkzeug (über die objektive Geeignetheit des Werkzeuges zu Diebstählen hinaus) auf eine menschliche Handlung, also auf einen menschlichen Willen hindeute". Darunter kann nur die "kriminelle Zweckbestimmung" des Werkzeuges verstanden werden.

b) Objektive Geeignetheit

Innerhalb der objektiven Geeignetheit ²⁾ des Werkzeuges bei der Durchführung von Diebstählen sind mit der h.M. in Schrifttum und Rechtsprechung zwei Gruppen zu unterscheiden:

aa) Eigentliche Diebeswerkzeuge

Objektiv geeignet sind einmal alle beweglichen ³⁾ Gegenstände, die ausschließlich zur Verwendung bei Diebstählen hergestellt worden sind und deren Beschaffenheit sich nur aus dieser Zweckbestimmung erklärt. Sie werden als "eigentliche", "typische", "spezielle" oder "absolute" Diebeswerk-

1) Mezger, JW 1935, S. 1097 f., 1098.

2) Sie kann natürlich nicht in Abrede gestellt werden, wenn die Vorschrift des § 245 a StGB überhaupt sinnvoll sein soll. Der Besitz objektiv ungeeigneter Werkzeuge könnte nämlich keine Gefährdung des Eigentums oder Gewahrsams anderer herbeiführen, und der Versuch mit untauglichem Werkzeug (Mittel) ist bei § 245 a StGB nicht unter Strafe gestellt (§ 43 Absatz 2 StGB); dies widerspräche auch dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, der sich gerade aus der Gefährdung der genannten Rechtsgüter herleitet.

3) Grüninger, S. 29, mit ausführlicher Begründung.

zeuge bezeichnet ¹⁾. Hier sollen sie "eigentliche" Diebeswerkzeuge genannt werden. Hierunter sind beispielsweise zu verstehen: Koffer mit doppeltem Boden; Schuhe mit hohlen Absätzen; Holzstäbchen, die an einem Ende mit Klebstoff versehen sind, um Geldstücke aus einem Opferstock "angeln" zu können; eine Zusammenstellung von Dietrichen aller Größen nebst Feilen und Gummihämmerchen; Pechpflaster zum geräuschlosen Eindrücken von Fensterscheiben ²⁾.

bb) Uneigentliche Diebeswerkzeuge

Zum anderen sind auch solche Werkzeuge zur Begehung von Diebstählen objektiv geeignet, die bei den verschiedenartigsten Verrichtungen des täglichen Lebens, vornehmlich bei handwerklichen Arbeiten, verwendet werden. Hierzu zählen z.B.: Hammer und Meißel (zum Öffnen von Mauerwerk, Türen oder Bretterverschlägen); Schweißbrenner ("Geldschrankknacker"); Ziegelstein (Schaufensterdieb); Bohrer (zum Öffnen von Schlössern an Holztüren); Dietrich, der gewöhnlich als Schlüssellersatz zu redlichen Zwecken im Haushalt aufbewahrt, jedoch in einem bestimmten Fall zur Verwendung bei einem Diebstahl bestimmt wird; Nagelfeile (zum Öffnen kleiner Kassetten).

Hierzu werden auch alle diejenigen Gegenstände gerechnet, die nach ihrer gewöhnlichen Gebrauchsbestimmung, ohne als Werkzeuge klassifiziert zu werden, nur redlichen Zwecken dienen, unter besonderen Umständen aber bei Diebstählen Verwendung finden, wie z.B. ein Regenschirm, mit dem beim Durchbrechen einer Zementdecke vom Obergeschoß aus die von dem Bohrer gelösten Zementbrocken aufgefangen

1) Vgl. Schönke-Schröder, § 245 a, Randnoten 9 ff., S. 1063; LK-Jagusch, § 245 a Anm. 2 b, S. 355; Niethammer, S. 248 unter c); Schlüter, S. 27 f.; Ollmert, S. 11 ff. 14; Grüninger, S. 24 ff. 30.

2) Vgl. die beispielhafte Aufzählung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in GA 1959, S. 149 f. 150.

werden, wie der Film "Rififi" anschaulich gezeigt und was im Anschluß daran bei vielen Einbruchsdiebstählen Nachahmung gefunden hat.

Diese Gegenstände werden "uneigentliche", "atypische", "generelle", "relative" oder "neutrale" Diebeswerkzeuge genannt ¹⁾. Sie werden im Folgenden "uneigentliche" Diebeswerkzeuge genannt werden.

cc) Zusammenfassung

Diese Aufzählung zeigt, daß jeder Gegenstand - seine Beschaffenheit im Hinblick auf eine mögliche Verwendung bei Diebstählen abstrakt ²⁾ gesehen - im Sinne des § 245 a Absatz 1 StGB zweckbestimmt werden kann. Ja man kann sich kaum einen Gegenstand denken, der bei der Durchführung eines Diebstahls unter irgendwie gearteten Umständen keine Verwendung finden kann ³⁾. Die kriminalistische Praxis zeigt zudem, daß gerade uneigentliche Diebeswerkzeuge bei Diebstählen benutzt werden. Dies ist auch verständlich, weil einmal der Täter mit den üblichen, für redliche Zwecke bestimmten Werkzeugen in den meisten Fällen "auskommt", und deshalb sich die Herstellung eigentlicher Werkzeuge, die Zeit erfordert und Kosten verursacht, erübrigt; zum anderen sind in vielen Situationen, in denen Diebstähle begangen werden, keine "Spezialwerkzeuge" zur Hand oder können nicht mehr angefertigt werden, wenn die angetroffene günstige Gelegenheit nicht ungenutzt bleiben soll. Damit ist es auch gerechtfertigt, daß die als sog. "uneigentliche" Diebeswerkzeuge bezeichneten Gegenstände als Diebeswerkzeuge im Sinne von § 245 a StGB aufgefaßt werden,

1) Vgl. hierzu die oben S. 13 in Fußnote 1 angegebene Literatur.

2) Nur die abstrakte Betrachtungsweise kann bei dem Merkmal der objektiven Geeignetheit als Kriterium herangezogen werden.

3) Vgl. auch Rau, S. 7 f.

wenn diese Vorschrift schon nach ihrer kriminalpolitischen Zwecksetzung der Gefährdung des Rechtsfriedens wirksam begegnen will.

c) Die "subjektive kriminelle Zweckbestimmung"

Das Tatbestandsmerkmal Diebeswerkzeug umfaßt nach der verbalen Auslegung neben der objektiven Geeignetheit auch die - wie ich es kurz nennen möchte - "subjektive kriminelle Zweckbestimmung" ¹⁾ des Werkzeuges. Dieses Ergebnis allein überzeugt jedoch nicht, auch wenn es mit der ganz h.M. in Schrifttum und Rechtsprechung übereinstimmt. Insbesondere Maurach ²⁾ weist überzeugend nach, daß "die Sprache des Gesetzes vielfach von der 'chamäleonischen' (Binding) Umgangssprache abweiche". In der Tat ist Vorsicht geboten, weil allein aus dem Wortteil "Diebes" die entscheidendsten Folgerungen für den Aufbau des Tatbestandes des § 245 a Absatz 1 StGB gezogen werden.

Die anderen Auslegungsmethoden ³⁾ helfen bei dieser den Ausdruck "Diebeswerkzeug" aus dem Gesamtwortlaut des Tatbestandes isolierenden Betrachtungsweise auch nicht weiter, da sie nur den Gesamtwortlaut der Vorschrift berücksichtigen.

Wenn es aber bei der Auslegung einer Vorschrift allein auf einen Begriff ankommt - wie hier auf "Diebeswerkzeug" -, so bleibt nichts anderes übrig, als diesen zunächst isoliert zu betrachten. Ist das geschehen, so kann - wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind - nachgeforscht werden, ob sich die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen mit dem gewonnenen Auslegungsergebnis in Übereinstimmung befinden, ob

1) Mit diesem Begriff sollen die Worte "zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt" wiedergegeben werden.

2) Maurach, A.T., § 9 B, S. 85 f.

3) Vgl. die Überblicke bei Schönke-Schröder, § 2, Randnoten 30 ff., S. 61 ff. und LK-Jagusch, § 2, Anm. 3 a, S. 57 ff.

sie auf dieses Ergebnis "zugeschnitten" sind. Man wird also nun die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen ¹⁾, den Gesamtwortlaut, auf die Richtigkeit des Auslegungsergebnisses hin überprüfen und seine Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit feststellen müssen.

aa) Verhältnis von "Diebeswerkzeug" zu Gliedsatz (III)

Das aufgefundene Auslegungsergebnis wird einmal durch die Wendung "sofern ... bestimmt ist" ²⁾ bestätigt. Dies zeigt der Wortlaut des Gliedsatzes (III) (Bedingungsgrund), wenn wir seinen "inneren Bezug" ³⁾ zu dem Begriff "Diebeswerkzeug" in Gliedsatz I (Bedingungsgrundlage) berücksichtigen. Denn die Begriffe "Werkzeug" als selbstständiges Wort in Gliedsatz (III) und "Werkzeug" als unselbständiger Wortteil von "Diebeswerkzeug" müssen den gleichen Inhalt haben. Darüber hinaus ist in Gliedsatz (III) auch die kriminelle Zweckbestimmung des Werkzeuges enthalten - "(daß das Werkzeug) zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist". Diese Worte korrespondieren mit dem Wortteil "Diebes" in Gliedsatz (I). Die Gliedsätze (I) und (III) kann man somit, was die objektive Geeignetheit und die subjektive Zweckbestimmung der Diebeswerkzeuge betrifft, gleichsam als "deckungsgleich" bezeichnen. Diese Kongruenz in den beiden Sätzen beweist, daß das aufgefundene Auslegungsergebnis des Begriffes "Diebeswerkzeug" richtig sein muß ⁴⁾.

-
- 1) Hierunter werden alle für eine Bestrafung nach § 245 a Absatz 1 StGB erforderlichen Voraussetzungen, ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Qualifikation, verstanden.
 - 2) Ein Widerspruch zu den obigen Ausführungen (vgl. oben S. 10) liegt nicht vor; denn hier wird der Begriff "Diebeswerkzeug" nicht unter Zuhilfenahme des Bedingungsatzes ausgelegt, sondern mit diesem lediglich ein bereits aufgefundenenes Auslegungsergebnis überprüft.
 - 3) Vgl. oben S. 10.
 - 4) So wohl auch Schlüter, S. 29.

bb) Rechtspolitische Zielsetzung

Der Tatbestand des § 245 a Absatz 1 StGB kann überdies nur dann den mit ihm verfolgten "rechtspolitischen Sinn" ¹⁾ erfüllen, wenn der Begriff Diebeswerkzeug in dem hier verstandenen Sinne ausgelegt wird. Dies wird deutlich, wenn man die Existenz der "uneigentlichen Diebeswerkzeuge" berücksichtigt. Denn allein der Besitz von diesen Werkzeugen, die unter irgendwelchen Umständen geeignet sind, bei strafbaren Handlungen verwendet zu werden, würde für sich schon die Strafbarkeit begründen. Beachtet man, daß zu diesen Werkzeugen auch Messer (aus dem Haushalt), Gabeln, Nagelfeilen usw. gehören, so würde jeder im Sinne von § 245 a Absatz 1 StGB Vorbestrafte sofort nach der Haftentlassung wieder straffällig werden. Ja sogar bei der Einnahme seinar Mahlzeiten im Gefängnis, bei denen z.B. Löffel verwendet werden ²⁾, würde er sich strafbar machen, sofern nicht "Umstände" entgegenstehen. Die Folge hiervon wäre, daß die Strafbarkeit der unter § 245 a Absatz 1 StGB fallenden Personen ins Uferlose ausgedehnt werden würde ³⁾.

Auch der Wille des Gesetzgebers kann für unsere Auslegung herangezogen werden, weil er in der amtlichen Begründung seinen Niederschlag gefunden hat ⁴⁾ und deshalb - sogar als selbständige Auslegungsmethode - herangezogen werden darf ⁵⁾.

1) Vgl. Schröder in NJW 1959, 1903 ff. 1905.

2) Auch Löffel sind als Diebeswerkzeuge durchaus denkbar.

3) Vgl. auch Schröder, a.a.O., S. 1905; Klee in JW 1934, S. 2919.

4) Amtliche Begründung in DRanzPreußStAnz. Nr. 277 vom 27. 11. 1933, S. 3.

5) Bartholomeyczik, S. 43, 52; die gegen diese Auslegungsmethode erhobenen Bedenken (vgl. Maurach, A.T., § 9 B, S. 85; LK-Jagusch, § 2 I 3) brauchen hier nicht erörtert zu werden, weil der Wille des Gesetzgebers hier nur als ein das aufgefundene Auslegungsergebnis bestätigendes Argument herangezogen wird und damit seine Natur als "letztrangiges Hilfsmittel" (so Maurach, a.a.O.) beachtet worden ist.

Aus der amtlichen Begründung ergibt sich nämlich, daß die subjektive Zweckbestimmung als Wesensmerkmal des Begriffs "Diebeswerkzeuge" aufzufassen ist.

d) Ergänzungen und Ergebnis

Hiernach steht im Ergebnis mit der herrschenden Meinung fest, daß der Begriff Diebeswerkzeug neben der objektiven Geeignetheit des Werkzeuges auch dessen subjektive kriminelle Zweckbestimmung mitumfaßt.

Das Merkmal der "subjektiven kriminellen Zweckbestimmung" wurde oben ¹⁾ eingeführt, um die Gebrauchsbestimmung des Werkzeuges als Aussage des Gliedsatzes (III) allgemein zu bestimmen. Für die weiteren Untersuchungen bedarf es noch einer Klärung in zweierlei Hinsicht. Einmal kann man aus dem Wortlaut "zu strafbaren Handlungen bestimmt ist" mit der herrschenden Meinung ²⁾ unschwer entnehmen, daß Diebeswerkzeuge nicht lediglich Werkzeuge sind, die bei Diebstählen (§§ 242, 243 StGB) verwendet werden sollen; vielmehr fallen hierunter auch die zur Begehung von Raub (§ 249 StGB) bestimmten Werkzeuge. Zu dieser Auslegung kommt man, wenn man die in § 245 a Absatz 1 StGB aufgezählten Delikte beachtet, mit denen der Täter vorbestraft sein muß ³⁾. Zum anderen folgt aus dem neutralen Sprachgebrauch "bestimmt ist", daß der Täter nicht notwendigerweise selbst dem Werkzeug die kriminelle Zweckbestimmung gegeben haben muß, sondern daß auch eine beliebige andere Person die Werkzeuge zu kriminellen Zwecken bestimmt haben kann ⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 15.

2) Statt vieler siehe BGHSt 8, 110 ff. 111.

3) Vgl. BGH a.a.O.

4) So die ganze h.M., vgl. RGSt 69, 80 ff. 80; hier weicht - soweit ich feststellen konnte - nur Schröder ab, vgl. Schönke-Schröder, § 245 a, Randnote 2, S. 1062.

IV. Die Bedingungsfeststellung (Gliedsatz II)

1) Die maßgebliche Bedeutung des Gliedsatzes (II)

Berücksichtigt man die bisherigen Auslegungsergebnisse, so ergeben sie folgende "Neufassung" des § 245 a Absatz 1 StGB:

"Wer Werkzeuge, die zur Begehung von strafbaren Handlungen geeignet und bestimmt sind, in Besitz oder Gewahrsam ¹⁾ hat, wird ... bestraft ²⁾, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist".

Es fällt auf, daß innerhalb des Bedingungssatzes ("bestimmt ist") eine Voraussetzung der Bedingungsgrundlage ("bestimmt sind") aufgenommen worden ist. Daraus kann man ersehen, daß die Wendung "sofern ... bestimmt ist" ihren wesentlichen Inhalt und ihre eigentliche Aufgabe durch Gliedsatz (II) erhält. Denn dächte man sich diesen Teil des Tatbestandes hinweg, so entfielen der gesamte Sinn des Bedingungssatzes. Man erhielte nämlich folgenden Wortlaut:

"Wer Diebeswerkzeuge, die zur Begehung von strafbaren Handlungen geeignet und bestimmt sind, in Besitz oder Gewahrsam hat, wird bestraft, sofern das Werkzeug zu strafbaren Handlungen bestimmt ist" ³⁾.

Mit diesem durch "sofern" eingeleiteten Bedingungssatz würde nur noch eine Selbstverständlichkeit ausgedrückt werden,

-
- 1) Die Tatbestandsmerkmale "in Besitz oder Gewahrsam hat" können hier unberücksichtigt bleiben; insoweit wird verwiesen auf Rau, S. 25 ff.; Meisch, S. 21 ff.; auch Schöнке-Schröder, § 245 a, Randnoten 5 ff., S. 1062 f.; LK-Jagusch, § 245 a, Anm. 2, S. 354 f.
 - 2) Der Strafraumen interessiert noch nicht.
 - 3) Die Negation ("nicht") muß hierbei entfallen, da ein verneinter Vordersatz nicht vorhanden ist und damit eine doppelte Satzverneinung nicht vorliegt, vgl. unten S. 23 ff.

da die Verwendungsbestimmung bereits im Vordersatz enthalten ist ¹⁾. Daraus erhellt, daß es auf die Worte "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt", also auf die Art und Weise der Feststellung des Bedingungsgrundes (Gliedsatz II), entscheidend ankommen muß. Die ausschlaggebende Bedeutung der Bedingungsfeststellung kann aber nur darin begründet sein, daß sie ein anderes als im Strafverfahren übliches Feststellungs-(sprich: Beweis-)verfahren normiert und damit die Beweisgrundsätze oder Feststellungsgrundsätze des Strafprozeßrechts beeinträchtigt oder sogar durchbricht. Alle in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten - mögen sie auch zu noch so gegenteiligen rechtsdogmatischen Erklärungen führen - stimmen darin überein, daß gerade dies die Besonderheit der Wendung des § 245 a Absatz 1 StGB darstellt. Folglich muß nun herausgearbeitet werden, welche Feststellungen erforderlich sind, um die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift zu begründen, und auf welche Weise diese Feststellungen in der Bedingungsgrundlage und im Bedingungsgrund vorgenommen werden müssen.

2) Der Aufbau des Tatbestandes

Am anschaulichsten kann man dies an Hand eines abstrakten Aufbauschemas verfolgen:

I. Objektiver Tatbestand:

1) Die Vorbestraftheit des Täters

2) Diebeswerkzeug

- a) ist das Werkzeug zu strafbaren Handlungen geeignet?
- b) ist das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt, und zwar:
 - (aa) durch den Täter selbst,
 - (bb) durch einen anderen? ²⁾

3) Hat der Täter Diebeswerkzeug in Besitz oder Gewahrsam?

1) Genau so wenig kann man sagen: "Ich kaufe mir das schöne Auto, sofern es schön ist".
2) Wenn der Täter und ein anderer bestimmt haben, so muß immer 2 a und b vorliegen.

II. Subjektiver Tatbestand:

Der Vorsatz ¹⁾ des Täters, der sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken muß, muß sich somit beziehen auf:

1) Die Vorbestraftheit

2) Diebeswerkzeug

- a) der Täter muß wissen, daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen objektiv geeignet ist,
- b) der Täter muß wissen, daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist,
 - (aa) auf seine eigene Zweckbestimmung kann sich der Vorsatz des Täters nicht erstrecken, da sich der Vorsatz nie auf das Wissen und Wollen des Täters beziehen kann; entweder der Täter "will" oder "weiß" etwas, er kann aber nicht wollen, daß er etwas will oder weiß ²⁾. Bei der Zweckbestimmung durch den Täter selbst stellt sich die "subjektive kriminelle Zweckbestimmung" vielmehr als ein subjektives Unrechtselement dar ³⁾.
 - (bb) Der Täter muß wissen, daß ein anderer das Werkzeug zu kriminellen Zwecken bestimmt hat; für diesen Fall ist die "subjektive

-
- 1) Ich schließe mich der finalen Handlungslehre an, die den Vorsatz innerhalb der tatbestandsmäßigen Handlung prüft; vgl. statt vieler Maurach, A.T., § 16, S. 135 ff., und Welzel, S. 29 ff., 54 ff., 58 ff.
 - 2) Vgl. hierzu Maurach, A.T., § 20, I 2 c, S. 195; in Literatur und Rechtsprechung wird übersehen, daß die Absicht des Täters, das Werkzeug zu kriminellen Zwecken zu verwenden, nicht vorsatzbezogen sein kann; vgl. insbesondere Schlüter, S. 49; Ollmert, S. 16; Grüninger, S. 39; LK-Jagusch, § 245 a, Anm. 2 d S. 355: "Die Kenntnis der Zweckbestimmung gehört zum Vorsatz".
 - 3) Vgl. zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen Baumann, S. 264 ff.; das Reichsgericht spricht von der "Absicht" des Täters, das Werkzeug zu verwenden (vgl. RGSt 69, 80 ff. 80).

kriminelle Zweckbestimmung" objektives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz des Täters beziehen muß.

3) Beweiserleichterung - Beweiserschwerinis

Im (üblichen) Strafverfahren muß das Gericht all diese unter I und II aufgezählten Voraussetzungen dem Angeklagten unter Beachtung der strafprozessualen Beweisgrundsätze ¹⁾ nachweisen. Insbesondere muß es den Sachverhalt selbst aufklären (sich "instruieren") ²⁾, "nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung" entscheiden ³⁾ und dabei beachten, daß die Nichterweislichkeit strafbegründender Tatsachen zu Gunsten des Angeklagten zu werten ist ^{4) 5)}. Die unter I 2 b und II 2 b genannten Voraussetzungen werden von dem Bedingungsgrund in Gliedsatz (III) ("das das Werkzeug nicht zu strafbaren Handlungen bestimmt ist") mitumfaßt. Nur auf sie kommt es an ⁶⁾, wenn nunmehr untersucht werden soll, auf welche Weise unter dem Einfluß der Wendung "sofern ... bestimmt ist" die subjektive kriminelle Zweckbestimmung - abweichend von den normalen Beweisgrundsätzen im Strafverfahren - festgestellt werden muß.

1) Vgl. Kern, § 15, S. 54 ff., mit weiteren Nachweisen.

2) Ermittlungsgrundsatz oder Instruktionsmaxime genannt, folgt aus §§ 155 Absatz 2, 244 Absatz 2 StPO.

3) Zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung vgl. Kern, § 15 c, S. 55 ff.

4) Der Satz "in dubio pro reo" - sei es als "Rechtssatz" oder "Satz des Gewohnheitsrechts" (hierzu Eb. Schmidt, Lehrkomm. I, Randnote 376) - ist als tragender strafprozessualer Grundsatz anerkannt, vgl. Stree, S. 5 ff.

5) Der weitere Beweisgrundsatz der "Unmittelbarkeit" kann hier unberücksichtigt bleiben.

6) Die unter 1), 2 a) und 3) genannten Voraussetzungen werden von der Bedingungsgrundlage nicht berührt und bleiben unberücksichtigt.

a) Doppelte Satzverneinung

Und gerade hier hilft wiederum die syntaktische Auslegung weiter. Es fällt nämlich auf, daß man den Sinngehalt der Wendung, ohne ihn inhaltlich zu verändern, leichter verständlich fassen könnte, wenn man die in den Gliedsätzen (II) und (III) enthaltenen Satzverneinungen ¹⁾ "aufhebt"; sie erlauben eine positive Formulierung der beiden Nebensätze ²⁾. Damit erhält man folgenden abgekürzten ³⁾ Tatbestand:

" Wer Diebeswerkzeug in Besitz ... hat ..., wird bestraft, sofern sich aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist".

Gerade die Wahl der positiv ausgedrückten Formulierung zeigt, daß es jeder Auslegungsarbeit widerspricht, den Gesetzeswortlaut "mundgerecht" und "leicht verständlich" umzuformen. Bei der Auslegung muß man den Gesetzeswortlaut "nehmen, wie er ist". Denn es ist davon auszugehen, daß sich der Gesetzgeber in höchstem Maße um eine klare, für den das Gesetz anwenden Richter wie für den Normadressaten unschwer verstehbare Wortfassung bemüht und auch bestimmt die hier zurechtgelegte wiedergegeben hätte. Er hätte insbesondere nicht die komplizierte Ausdrucksweise einer doppelten Satzverneinung gewählt. Dieser muß folglich eine besondere Bedeutung zukommen.

Der Gesetzgeber verbindet mit einer absichtlich verwendeten negativen Ausdrucksweise immer einen für den Adressaten erkennbaren Hinweis auf seine Überzeugung, seine Ansicht, seine Prognose oder den Wahrscheinlichkeitsgrad zweier oder mehrerer Möglichkeiten. Mit einem "positiv gefaßten" Satz

1) Duden, Randnote 1162, S. 558 (unter a.).

2) Duden, Randnote 1167, S. 560.

3) Gleichgeordnete (mit "oder" verbundene) Satzglieder sowie der mit der Konjunktion "nachdem" eingeleitete Nebensatz können zur Vereinfachung außer Betracht bleiben, ohne daß diese Untersuchungen in irgendeiner Weise beeinträchtigt werden.

nimmt der Gesetzgeber auch positiv zu seiner Aussage Stellung, mit einem "negativ gefaßten" Satz weist er auf das "wahrscheinlichere" Nichtvorliegen oder den "wahrscheinlicheren" Nichteintritt seiner Aussage hin. Das kann man an folgenden zwei Beispielen verdeutlichen:

- (1) Ich werde morgen kommen, wenn ich anrufen werde.
- (2) Ich werde morgen kommen, wenn ich nicht anrufen werde.

Schon das allgemeine Sprachgefühl zeigt, daß der Urheber des Beispielsatzes (2) sein Kommen für wahrscheinlicher hält.

Dieser Wille des Gesetzgebers ist als solcher nicht nur "historisch", nämlich für die Zeit der Entstehung der Vorschrift, von Bedeutung, sondern er ist durch das Gesetz "verobjektiviert" worden und ist auch heute noch bei der Anwendung des Strafgesetzes zu berücksichtigen ¹⁾.

Überträgt man diese Erkenntnisse auf die Vorschrift des § 245 a Absatz 1 StGB, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Nach dem Dafürhalten des Gesetzgebers scheint es wahrscheinlicher, daß derjenige, der Diebeswerkzeuge in Besitz hat, diese Werkzeuge auch bei strafbaren Handlungen verwenden will. Ansonsten wären die Gliedsätze (II) und (III) nicht negativ gefaßt. Daraus ist weiter zu folgern, daß durch den Gesetzeswortlaut ein Vorbestrafter, der im Besitz von Diebeswerkzeugen ist, "wahrscheinlicher" für schuldig denn für unschuldig angesehen werden muß. Das Gesetz hält diese Prognose aus den eingangs ²⁾ kurz aufgeführten Gründen der "vorbeugenden Strafrechtspflege" für erforderlich. Nicht juristisch - eben mit dem allgemeinen Sprachgebrauch ausgedrückt - bedeutet dies, daß der im bezeichneten Sinne Vorbestrafte "vermutlich"

1) Es erübrigt sich, schon hier auf die Unterschiede zwischen den objektiven und subjektiven oder historischen Auslegungsmethoden einzugehen.

2) Vgl. oben S. 2.

mit dem Werkzeug einen Diebstahl begehen will; dann aber wird (mittelbar) auch seine Strafbarkeit "vermutet" ¹⁾.

Diese syntaktische Auslegung zeigt aber noch ein weiteres auf. Wie schon bei Zerlegung des Tatbestandes in die einzelnen Gliedsätze dargelegt wurde, stellt Gliedsatz (II) (die sogenannte "Bedingungsfeststellung") die Voraussetzungen auf, unter denen der "Bedingungsgrund" (Gliedsatz III) - und damit die Strafbarkeit - eintreten soll. Das Gesetz trifft also eine besondere Regelung. Daraus geht hervor, daß diese Feststellungen auf eine andere Weise als ansonsten im Strafverfahren üblich getroffen werden sollen. Das Gericht trifft in der Regel alle Feststellungen ex officio mit der Besonderheit, daß die Nichterweislichkeit einer zur Verurteilung erforderlichen Tatsache als zu Gunsten des Angeklagten unterstellt werden muß (in dubio pro reo) ²⁾. Eine Ausnahme von diesen strafprozessualen Grundsätzen, die in § 245 a Absatz 1 StGB wegen der besonderen Hervorhebung der Art und Weise der Feststellung vorliegen muß, muß immer zu Lasten des Angeklagten gehen. Die "Beweissituation" - wenn man auch im Strafverfahren von einer solchen sprechen will - verschlechtert sich für ihn. Dann ist er eben "vermutlich", "wahrscheinlich" oder "im Zweifel" schuldig. Das Auslegungsergebnis, das unter Berücksichtigung der negativen Formulierungen aufgefunden worden ist, wird damit bestätigt.

An eine Regelung zugunsten des Angeklagten, also eine "Beweiserschwernis" für das Gericht oder die Anklagebehörde, kann nicht gedacht werden, wie sich aus den eingangs kurz aufgezeichneten rechtspolitischen Erwägungen des Gesetzgebers und aus der syntaktisch-grammatikalischen Auslegung ergeben hat ³⁾. Da die Wendung aber jedenfalls das übliche

-
- 1) So erklärt sich auch der allerdings im Zusammenhang mit juristischen Begriffen - wie noch zu zeigen sein wird - unzutreffende Gebrauch des Wortes "Vermutung".
 - 2) Einer dogmatischen Begründung dieses Grundsatzes bedarf es hier noch nicht, da es insoweit nur auf seine Geltung ankommt, die nicht in Zweifel gezogen werden kann.
 - 3) Vgl. oben S. 8.

Beweisverfahren im Strafrecht verändert, das den Angeklagten bis zum vollen Nachweis seiner Schuld schützt, muß sie - logischerweise - die Stellung des Angeklagten bei der Ermittlung von Tatsachen oder deren Nichterweislichkeit belasten.

b) "Umstände"

Auf welche Weise soll nun die nachteilige Stellung des Angeklagten im Beweisverfahren erreicht werden? Hierüber können im Rahmen der Wortinterpretation nur die Worte "aus den Umständen" Aufschluß geben. Der sprachliche Gebrauch des Begriffes "Umstände" ist weit gespannt. Man muß hierunter alle Gegebenheiten, Geschehensabläufe und sonstigen Umweltbedingungen verstehen, die in irgendwelchen Beziehungen - seien sie zeitlicher, persönlicher, örtlicher oder sachlicher Art - zu dem Besitz der Werkzeuge stehen ¹⁾.

Auch die Wortinterpretation unter Berücksichtigung des juristischen, spezifisch strafrechtlichen Sprachgebrauchs führt zu keiner exakteren Bestimmung des Begriffes "Umstände". Das Gesetz verwendet diesen Begriff in §§ 192, 193 und 259 StGB sowie bei der Normierung unbenannter Strafzumessungsgründe (z.B. §§ 243 Absatz 2, 249 Absatz 2 StGB), ohne auch nur Anhaltspunkte dafür zu geben, was darunter verstanden werden soll.

V. Ergebnis

Die Wortinterpretation hat somit zu folgenden Ergebnissen geführt:

Der Tatbestand des § 245 a Absatz 1 StGB setzt voraus, daß der Täter Werkzeuge in Besitz oder Gewahrsam hat, die zur Verwendung bei strafbaren Handlungen geeignet und bestimmt sind. Das Gesetz geht davon aus, daß der geeignete Diebeswerkzeuge besitzende Vorbestrafte "vermutlich" oder "wahrscheinlich" auch die kriminelle Zweckbestimmung der Werk-

1) So auch Rau, S. 14, der sich allerdings zu Unrecht auf v. Olshausen (§ 193 Anm. 12) beruft.

zeuge kannte. Dieser Verdacht soll nur durch besondere, vom Richter festzustellende "Umstände" ausgeräumt werden können.

B. Die teleologische Auslegung

Dieses Ergebnis der Wortinterpretation, innerhalb der - soweit es überhaupt wegen der einzigartigen Wortfassung der Wendung möglich ist - der gesetzestechnische Sprachgebrauch berücksichtigt wurde, wird im Folgenden mit Hilfe der übrigen Auslegungsmethoden überprüft werden.

Nach der "teleologischen Methode" hat die Auslegung und die Ausrichtung der Wendung auf das Ziel des Tatbestandes hin zu erfolgen. Dabei orientiert sie sich an dem durch den Tatbestand geschützten Rechtsgut ¹⁾. Die Vorschrift des § 245 a Absatz 1 StGB bezweckt einen Rechtsgüterschutz in zweierlei Hinsicht. Einmal soll der Verletzung von Eigentum und Gewahrsam vorgebeugt werden. Eine wenn auch noch so entfernte Gefährdung dieser Rechtsgüter wird unter Strafe gestellt. Zum anderen sollen die Belange der Gemeinschaft, die durch das fortwährende verbrecherische Handeln einzelner ("Gewohnheits- oder Berufsverbrecher") stark in Mitleidenschaft gezogen werden, geschützt werden. Dieser Gedanke, der naturgemäß in jeder Vorschrift des Strafrechts "im allgemeinen" ²⁾ zum Ausdruck kommt, wohnt "im besonderen" ³⁾ dem § 245 a Absatz 1 StGB wie jeder anderen Bestimmung des Gewohnheitsverbrechergesetzes inne. Darin sieht gerade dieses Gesetz seine Aufgabe.

Dieser Rechtsgüterschutz kann aber nur erreicht werden, wenn dem Richter eine irgendwie geartete Beweishilfe zur Verfügung

1) Vgl. hierzu Maurach, A.T., § 9 B 2, S. 86 f., wonach "der Sinn des Strafrechts im allgemeinen und der Sinn des einzelnen in Betracht kommenden Strafrechtssatzes im Besonderen" zu berücksichtigen ist; auch Baumann, S. 133 f. (mit zahlreichen Literaturhinweisen).

2) Maurach, a.a.O.

3) Maurach, a.a.O.

steht. Er soll nämlich schon einsetzen, wenn noch keine Rechtsgutverletzung eingetreten ist, ja wenn ein unwertiges Verhalten noch nicht einmal in der Außenwelt hervorgetreten ist. Wie soll der Richter aber nachweisen, daß der Angeklagte verbrecherisch gesonnen war? Neben dem - allein genommen - straflosen Besitz von Werkzeugen kann der Richter kein "handfestes Tätigwerden" des Angeklagten feststellen. Darüber hinaus verlangt dieser erhöhte Gemeinschaftsschutz, soll er überhaupt in dem Vorstadium verbrecherischer Willensverwirklichung wirksam sein, daß eine - wie auch immer geartete - "Beweishilfe" geschaffen wird, auf Grund deren der Angeklagte überführt werden kann.

Der Normzweck des § 245 a Absatz 1 StGB ist unter Berücksichtigung der in dieser Vorschrift geschützten Rechtsgüter auf eine Beweiserleichterung zugunsten der gefährdeten Rechtsgemeinschaft gerichtet. Insoweit wird das Ergebnis der Wortinterpretation durch die teleologische Methode bestätigt.

C. Die gesetzgeberische Zielsetzung

Diese teleologische Auslegungsmethode wird weitergeführt durch die Frage nach der "gesetzgeberischen Zielsetzung" ¹⁾. Dabei drängt sich sogleich die Frage auf, auf welche Weise man die "rechtspolitische Zwecksetzung" erkennen kann, welche Kriterien herangezogen werden müssen und wie deren Gewicht zu beurteilen ist.

Lehre und Rechtsprechung haben für die bei der Erkenntnis der rechtspolitischen Zwecksetzung zu beobachtende Methode zwei Theorien entwickelt: die "subjektive Theorie" ²⁾ fragt nach dem Willen des Gesetzgebers, also nach dem Zweck, der bei der Schaffung des Gesetzes mit der anzulegenden Vorschrift erreicht werden sollte; nach der "objektiven Theorie" ³⁾ hin-

1) Vgl. hierzu Bartholomeyczik, S. 42 ff. 47 ff., 52 ff.

2) Vgl. Bartholomeyczik, S. 42 f.; Larenz, S. 30 ff., 31 f. und Müller in JZ 1962, S. 471 ff.

3) Vgl. Bartholomeyczik, S. 43 f. und die in der vorhergehenden Fußnote genannten Autoren.

gegen soll der "Wille des Gesetzes" und damit die Werturteile und Billigkeitsgedanken berücksichtigt werden, die die bei der Entscheidung herrschende Kulturschicht für maßgeblich erachtet. Die mit Recht zu bildende "Synthese" dieser Theorien ¹⁾ zwingt dazu, die Erkenntnisquellen beider Theorien aufzufinden. Als solche kommen in Betracht:

- (1) die Gesetzesmaterialien und die amtliche Begründung,
- (2) die rechtsgeschichtliche Auslegung und
- (3) die Rechtsvergleichung.

I. Die Gesetzesmaterialien

Die Berücksichtigung der in der amtlichen Begründung ²⁾ zum Ausdruck gekommenen Auffassung wird zwar vielfach als ein "Hilfsmittel von überaus zweifelhaftem Wert" ³⁾ bezeichnet. Gleichwohl wird diese Auslegungsmethode immer wieder herangezogen ⁴⁾, und es wird ihr, wie Müller zutreffend nachgewiesen hat ⁵⁾, auch vom Bundesverfassungsgericht entscheidendste Bedeutung beigemessen. Für die hier anzustellenden Betrachtungen genügt es zunächst, daß der Wille des Gesetzgebers überhaupt als Kriterium bei der Auslegung beachtet werden darf; wie hoch er gegenüber anderen Auslegungssichtspunkten zu bewerten ist, wird gegebenenfalls die Abwägung ⁶⁾ der Ergebnisse nach den einzelnen Auslegungsmethoden zeigen.

-
- 1) Vgl. hierzu Schönke-Schröder, § 2 Randnote 31, S. 61; DOG in NJW 1950, S. 651 ff. 652, mit Anmerkungen von Eb.Schmidt in MDR 1950, S. 625; Mattern in DRZ 1950, S. 247 ff.; Bartholomeyczik, S. 45 f.
 - 2) Vgl. amtliche Begründung in DRAnzPreuBStAnz vom 27.11.1933, Nr. 277, S. 3; weitere Gesetzesmaterialien sind nicht vorhanden.
 - 3) So Maurach, A.T., § 9 B 1, S. 85; siehe auch Baumann, S.134; zusammenfassend Schönke-Schröder, § 2, Randnote 31, S. 61.
 - 4) Vgl. BGHSt 6, S. 394 = in JZ 1955, S. 90, mit Zustimmung von Niese in JZ 1957, S. 658 ff. 660 (unter I 2 b); vgl. auch Zimmermann in NJW 1954, S. 1628 ff.; ders. in NJW 1951, S. 948 ff., unter Hinweis auf die einheitliche Auslegung des Bundesgerichtshofes.
 - 5) Müller a.a.O.
 - 6) Enneccerus-Nipperdey, § 56, IV, S. 335.

1) Verwertbarkeit nationalsozialistischer Zielsetzung

Der Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens speziell bei der Vorschrift des § 245 a Absatz 1 StGB steht auch nicht entgegen, daß die amtliche Begründung zum Gewohnheitsverbrechergesetz von nationalsozialistischen Ideen getragen ist. Zwar ist dem Kammergericht ¹⁾ und dem Obersten Gerichtshof der Britischen Zone ²⁾ darin zuzustimmen, daß nationalsozialistisches Gedankengut bei der Auslegung von Gesetzen keine ausschlaggebende Bedeutung haben kann ³⁾. Indessen muß beachtet werden, daß bereits in verschiedenen Landesstrafgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts ⁴⁾ und in den Strafgesetzbüchern anderer Länder ⁵⁾ Vorschriften enthalten sind, die § 245 a Absatz 1 StGB sinngemäß entsprechen, und daß auch schon vor der Zeit des nationalsozialistischen Regimes eine dem § 245 a StGB gleichlautende Bestimmung gefordert wurde ⁶⁾. Daraus geht hervor, daß die Vorschrift des § 245 a Absatz 1 StGB nicht ausschließlich von typisch nationalsozialistischem Gedankengut geprägt ist und nicht allein mit diesem in der amtlichen Begründung gerechtfertigt wird. Der Wille des Gesetzgebers kann demzufolge bei der Auslegung berücksichtigt werden ⁷⁾.

-
- 1) KG in JR 1947, S. 89 ff. 20 (§ 1 KWVO betreffend).
 - 2) OGHBrZ in NJW 1949, S. 582 (§ 1595 a BGB betreffend); zustimmend Schönke in MDR 1947, 85 ff. 87.
 - 3) Schönke, a.a.O., unter Berufung auf den - inzwischen außer Kraft getretenen - Art. II des Gesetzes Nr. 1 des Obersten Befehlshabers der Alliierten Streitkräfte, zitiert nach Schönke, a.a.O.
 - 4) Vgl. unten S. 31 ff.
 - 5) Vgl. unten S. 33 ff.
 - 6) So Heindl in Arch. f. Krim. 73, S. 289.
 - 7) Der Bundesgerichtshof zieht - ohne auf die eben erörterte Frage einzugehen - unbedenklich die in der amtlichen Begründung zum Ausdruck gekommene Zielsetzung zur Auslegung des Wortes "Diebeswerkzeug" in § 245 a StGB heran (vgl. BGHSt 8, S. 110 ff. 111).

2) Der Wille des Gesetzgebers und der Wille des Gesetzes

Der in dem Gewohnheitsverbrechergesetz im allgemeinen ¹⁾ und in der Vorschrift des § 245 a Absatz 1 StGB im besonderen ²⁾ zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wille entspricht dem mit Hilfe der anderen Auslegungsmethoden aufgefundenen Ergebnis ³⁾. Die amtliche Begründung ⁴⁾ spricht davon, daß "dem Angeklagten der Entlastungsbeweis möglich sei" und beabsichtigt somit, diesem die subjektive Beweisführungslast für die Harmlosigkeit der Werkzeuge aufzuerlegen. Dieser Wille des Gesetzgebers hat - was als Voraussetzung für seine Berücksichtigung bei der Gesetzesauslegung von der ganz h.M. gefordert wird ⁵⁾ - im Gesetzeswortlaut einen erkennbaren Ausdruck gefunden, wie die Wortinterpretation zeigt. Damit steht fest, daß die Auslegung nach dem Willen des Gesetzgebers ebenfalls zumindest für eine materielle Beweislast zuungunsten des Angeklagten spricht.

II. Rechtsgeschichtliche Entwicklung

Der für jede Auslegungsarbeit fruchtbare Vergleich ⁶⁾ einer Rechtsregelung im geltenden Recht mit der früheren Gesetzgebung zur gleichen Frage bestätigt das hier gewonnene Auslegungsergebnis. In der Reichsstrafgesetzgebung vor 1933 findet sich zwar keine ähnliche Vorschrift, obwohl die "Bekämpfung des gewerbsmäßigen Verbrechertums" ⁷⁾, insbesondere

-
- 1) Insoweit kann auf die erschöpfende Darstellung von Schäfer bei Frank, S. 75 ff., verwiesen werden.
 - 2) Vgl. hierzu die ausführlichen Bemerkungen von Ollmert, S. 7 ff., Schlüter, S. 1 ff., Meisch, S. 1 ff., Rau, S. 1 ff.
 - 3) Vgl. oben S. 26 f. und S. 28.
 - 4) Amtliche Begründung in DRAnzPreußStAnz vom 27. November 1933, Nr. 277, S. 3.
 - 5) Bartholomeyczik, S. 53; Zimmermann in NJW 1956, S. 1262 ff. 1263; Schönke-Schröder, § 2 Randnote 31, S. 61; LK-Jagusch, § 2 I 3, S. 57.
 - 6) Bartholomeyczik, S. 53 ff.
 - 7) Entwurf, 1919, S. 304.

das Vorgehen gegen Taschendiebe, Hoteldiebe, Eisenbahndiebe und Einbrecher ¹⁾, schon 1921 als Hauptaufgabe des künftigen Strafrechts bezeichnet wurde ²⁾. Indessen haben verschiedene Landesstrafgesetze des 19. Jahrhunderts den Besitz von Diebeswerkzeugen unter Strafe gestellt oder zumindest als straferschwerenden Umstand geahndet ³⁾. Der Wortlaut dieser Vorschrift läßt natürlich, an dem Wortlaut unserer heutigen Beweisregeln gemessen, die Beweisproblematik nicht deutlich erkennen; insbesondere fehlen die negativen Ausdrucksweisen.

1) Entwurf, 1919, S. 308.

2) Heindl, Arch. f. Krim. 73, S. 289 (im Jahre 1921) und Rechenberg in Arch. f. Krim. 91, S. 68 (im Jahre 1932).

3) § 641 des "Strafgesetzbuches für das Großherzogtum Hessen" vom 8. März 1845 bestimmte:

"Werden Landstreicher, oder Bettler mit Waffe, mit Diebschlüsseln oder mit anderen Werkzeugen betroffen, welche dieselben nach den Umständen als der Sicherheit der Personen, oder des Eigentums gefährlich darstellen, so werden sie auch ohne vorhergegangene polizeiliche Bestrafung mit geschärftem Kreisgefängnis oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bestraft."

Dieselbe Bestimmung enthält Art. 246 des "Württembergischen Strafgesetzbuches" vom 1. März 1839.

Art. 246 des "Strafgesetzbuches für das Großherzogtum Baden" vom 17. 9. 1841 bestimmt ferner:

"Bei der Bemessung der in dem vorhergehenden (Landstreicherei) Artikel angedrohten Strafe sind als erschwerend zu betrachten, wenn die Landstreicher

1)

2) mit Waffen oder Werkzeugen versehen sind, die für die Sicherheit der Personen oder des Eigentums gefährlich erscheinen."

In den übrigen Landesstrafgesetzbüchern finden sich, soweit ersichtlich, keine ähnlichen Vorschriften.

Die Wendungen "welche dieselben nach den Umständen als der Sicherheit der Personen oder des Eigentums als gefährlich d a r s t e l l e n" in § 641 des Hessischen Strafgesetzbuchs und "gefährlich e r s c h e i n e n" in Art. 246 Nr. 2 des Badischen Strafgesetzbuches zeigen aber doch, daß der Angeklagte in all den Fällen, in denen die Harmlosigkeit des Werkzeugs nicht erwiesen werden konnte, verurteilt werden mußte. Demnach werden die bisherigen Auslegungsergebnisse durch die rechtsgeschichtliche Entwicklung bestätigt.

III. Rechtsvergleichende Darstellung

Schließlich liefert die rechtsvergleichende Darstellung einer bestimmten Rechtsregelung wertvolle Fingerzeige und vermittelt bedeutende Erkenntnisse ¹⁾. Denn der deutsche wie der ausländische Gesetzgeber sehen sich bei der Kodifizierung gleicher Situationen gleichen Fragen und Problemen gegenübergestellt, die es gesetzessystematisch und rechtstechnisch zu lösen gilt. Aber nicht nur der Vergleich bereits geschaffener Vorschriften in verschiedenen Rechtskreisen ist zu berücksichtigen; vielmehr muß man erst recht immer dann, wenn der inländische Gesetzgeber eine Norm aufstellt, die bereits in Strafgesetzen anderer Länder seit langer Zeit besteht, sein Augenmerk auf diese Vorschriften richten. Denn jeder sorgfältige und einsichtige Gesetzgeber wird bei der Kodifizierung neuer Tatbestände Umschau halten, ob und auf welche Weise in ausländischen Strafgesetzen die gleiche Situation geregelt worden ist. Dies beweisen vor allem die Vorarbeiten zu einem neuen Strafgesetzbuch ²⁾. Auch der nationalsozialistische Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung des § 245 a StGB auf ausländische Kodifikationen berufen ³⁾.

1. England

Der englische Gesetzgeber hat bereits im Jahre 1824 in der Vagrancy Act (Gesetz gegen Landstreicherei) den Besitz von

1) Bartholomeyczik, S. 60 ff.

2) Die Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. II.

3) Vgl. amtliche Begründung in DRAnzPreußStAnz vom 27. November 1933, Nr. 277, S. 3.

Einbruchswerkzeugen unter Strafe gestellt ¹⁾. Diese Vorschrift läßt indessen nicht erkennen, daß dem Täter eine irgendwie geartete Beweislast aufgebürdet wird. Sie ist lediglich wie ein konkretes Gefährdungsdelikt abgefaßt. Auch hier muß der ebenso im englischen Recht, und zwar schon zu dem genannten Zeitpunkt, geltende Grundsatz "in dubio pro reo" eingreifen ²⁾. Die Vagrancy Act, 1824, wurde im Jahre 1916 durch die Larceny Act (Gesetz gegen Diebstahl) erneuert. Der Verweis des nationalsozialistischen Gesetzgebers in der amtlichen Begründung ³⁾ auf das englische Strafrecht kann sich demnach nur auf dieses Gesetz beziehen. Nach der Larceny Act, 1916 ⁴⁾, machte sich "jede zur Nachtzeit angetroffene Person eines Vergehens strafbar,

- (1) die mit einer gefährlichen oder zum Angriff geeigneten Waffe oder einem solchen Werkzeug in der Absicht bewaffnet ist, in ein Gebäude einzubrechen oder (ein Gebäude) zu betreten und darin einen Diebstahl zu begehen;

1) 1824, 5 Geo. 4, c. 83 (Vagrancy), S. 4; nach ihr werden alle Personen bestraft, " die einen Dietrich, Schlüssel oder ein anderes Werkzeug in der verbrecherischen Absicht in Besitz oder Gewahrsam haben, in ein Wohnhaus, Warenhaus, Stall usw. einzudringen" (zitiert nach Harris-Wilshire, S. 591 ff. 592 (unter (2) (viii)).

2) Vgl. Newman, S. 37 ff. 37 f.

3) Vgl. die amtliche Begründung in DRAnzPreußStAnz vom 27. November 1933, Nr. 277, S. 3.

4) 1916, 6 and 7 Geo 5, c. 50 (Larceny), S. 28:

" ... it is a misdemeanor for any person to be found by night

(1) armed with any dangerous or offensive weapon or instrument with intent to break or enter any building and to commit any felony therein;

(2) having in his possession without lawful excuse, the proof of which lies on the accused, any housebreaking implement".

- (2) die ohne rechtmäßigen Entschuldigungsgrund ein zum Einbruch geeignetes Werkzeug in Besitz haben, wobei der Beweis der Rechtmäßigkeit dem Angeklagten obliegt" ¹⁾.

Aus dieser Fassung des Gesetzes ergibt sich unzweideutig, daß dem Angeklagten ein "Entlastungsbeweis" ²⁾ für den rechtmäßigen Gebrauch der Werkzeuge und somit, ohne daß man den geringsten Zweifel hegen könnte ("the proof of which lies on the accused" = "der Beweis der Rechtmäßigkeit obliegt dem Angeklagten"), eine Beweislast auferlegt wird. Der Satz "in dubio pro reo" ist hier also durchbrochen ³⁾.

Ein rechtsvergleichender Blick auf das englische Strafrecht zeigt, daß auch dieses sich einer Beweisregel bedient, bedienen muß, um an den Täter im Sinne von § 245 a Absatz 1 StGB "heranzukommen". Die Tatsache, daß sich der nationalsozialistische Gesetzgeber auf die entsprechende Regelung im englischen Strafrecht ausdrücklich zur Rechtfertigung der von ihm verfolgten Zielsetzung beruft ⁴⁾, dieser Wille aber auch mit dem heutigen Gesetzeszweck übereinstimmen muß ⁵⁾, bestätigt das bisher aufgefundene Ergebnis, daß in der Wendung eine Beweisregelung zuungunsten des Angeklagten zum Ausdruck kommen soll.

1) Der unter diesen Paragraph der Larceny Act fallende Täterkreis wird auch nach s. 23, (2), (v), des im Jahre 1937 geschaffenen Feuerwaffengesetzes (Firearms Act) unter Strafe gestellt (vgl. hierzu Harris-Wilshire, S. 360 ff. 362).

2) Vgl. hierzu Rietzsch in DJ 1933, S. 741 ff. 745.

3) Vgl. Newman a.a.O.

4) Siehe die amtliche Begründung a.a.O.

5) Vgl. oben S. 31.

2. Frankreich

Auch die entsprechende Vorschrift des französischen Strafrechts, Art. 277 Code Pénal vom 12. Februar 1810¹⁾, enthält eine Beweisregel zuungunsten des Angeklagten. Danach wird "jeder Bettler oder Landstreicher, . . . , der mit Feilen, Dietrichen oder mit anderen Werkzeugen versehen ist, die dazu geeignet sind, Diebstähle oder andere Delikte zu begehen oder die Möglichkeit geben, in Häuser einzudringen, mit Gefängnis von zwei bis fünf Jahren bestraft".

Der Wortlaut dieser Vorschrift läßt zwar eine ausdrückliche Beweisregel - etwa wie im englischen Strafrecht - nicht erkennen; vielmehr entspricht er - wie bereits oben²⁾ bei den deutschen Landesstrafgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts bemerkt worden ist - einem abstrakten Gefährdungsdelikt, nach dem der Täter ohne Rücksicht darauf bestraft wird, ob im konkreten Fall tatsächlich eine "Gefährdung von Rechtsgütern" begründet ist³⁾. Die Gefährdung wird also schon, ohne als Tatbestandsmerkmal ausgestaltet zu werden, bei der Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung "vermutet". Einer besonderen Beweisregel bedarf es nicht. Indessen steht die herrschende Lehre und Rechtsprechung in Frankreich auf dem Standpunkt, daß der nach Art. 277 Code Pénal Angeklagte "die Möglichkeit haben muß, ... mit rechtmäßigen Gründen den Zweck der in seinem Besitz gefundenen Werkzeuge zu rechtfertigen"⁴⁾.

- 1) Diese Vorschrift gilt heute noch in derselben Fassung; sie lautet unter der Überschrift "Dispositions communes aux vagabonds et mediants": Art. 277
"Tout médiant ou vagabond qui aura été saisi travesti d'une manière quelconque,
ou porteur d'armes bien qu'il n'en usé ni menacé,
ou muni de limes, crochets ou autres instruments
propres soit à commettre des vols ou d'autres délits,
soit de pénétrer dans les maisons,
sera puni de deux a cinque ans d'emprisonnement".
- 2) Vgl. oben S. 31 ff.
- 3) Für den Fall des § 245 a Absatz 1 StGB bedeutet dies: die Gefährdung des Eigentums durch die verbrecherische Gesinnung des Täters, das Werkzeug zu künftigen Diebstählen zu verwenden.
- 4) Garçon-Rousselet-Patin-Ancel, Art. 277, Anm. 10 f., S. 961; Garaud, Randnote 1790, S. 75 f., mit zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen in Fußnote 4) S. 75; Garaud (a.a.O.) spricht von einer "présomption d'intention criminelle" (also von "einer Vermutung der verbrecherischen Zweckbestimmung").

Nach Art. 277 Code Pénal trägt der Angeklagte also zumindest die "objektive Beweislast" bei dem Nachweis des beabsichtigten verbrecherischen Gebrauchs der Diebeswerkzeuge.

3. Die übrigen Länder

Dem Art. 277 Code Pénal ist Art. 344 Code Pénal Belge vom 8. Juli 1867 ¹⁾ nachgebildet. Auch bei dieser Vorschrift entfällt die Strafbarkeit, wenn der redliche Gebrauch der Diebeswerkzeuge festgestellt werden kann.

Während § 19 des "Finnischen Strafgesetzbuches" vom 19. Dezember 1889 ²⁾ nur den Besitz eigentlicher Diebeswerkzeuge ohne Rücksicht auf die Feststellung deren rechtmäßigen Gebrauchs unter Strafe stellt, enthält schließlich Art. 707 des "Italienischen Strafgesetzbuches" vom 19.10.1930 ³⁾ eine Beweislastregel zuungunsten des Angeklagten.

-
- 1) Art. 344 Code Pénal Belge in seiner heute noch gültigen Fassung lautet:

"Mit Gefängnis von drei Monaten bis zu einem Jahr wird der Landstreicher oder Bettler bestraft, der im Besitz von Feilen, Dietrichen oder sonstigen Werkzeugen angetroffen wird, die zur Begehung von Diebstählen oder sonstigen Verbrechen oder Vergehen oder zur Beschaffung von Mitteln zum Eindringen in Häuser geeignet sind", zitiert nach Grützner-Kiekebusch-Marchal, SammauBStGBü 75, S. 71 f.

- 2) § 19 des Finnischen Strafgesetzbuches lautet:

"Ein Landstreicher, bei dem Dietriche oder Nachschlüssel gefunden werden, wird mit Geldstrafe bis zu 200,- ... bestraft" - zitiert nach Honkasalo, SammauBStGBü 66, S.56 f.

- 3) Auch diese Bestimmung ist heute noch in Kraft; sie hat folgenden Wortlaut:

"Wer, nachdem er wegen Gewinnsucht bestimmter Verbrechen, wegen Übertretungen betreffend die Verhütung von Verbrechen gegen das Vermögen oder wegen Bettelns bestraft, verwarnet oder der Sicherheit für Wohlverhalten unterstellt worden ist, im Besitze von falschen Schlüsseln oder nachgemachten Schlüsseln oder von echten Schlüsseln oder Werkzeugen zum Öffnen oder Erbrechen von Schlössern, deren rechtmäßige gegenwärtige Bestimmung er nicht dartut, bestraft wird, wird mit Haft von sechs Monaten bis zu zwei Jahren bestraft" - zitiert nach Bunge, SammauBStGBü 50, S. 221; diese Vorschrift war auch schon im Codice penale vom 30. Juni 1889 (Art. 492) enthalten, beruht also nicht auf faschistischem Gedankengut.

D. Ergebnis der Auslegung

Die teleologische Auslegung, die Auslegung nach der gesetzgeberischen Zielsetzung, der Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung sowie die rechtsvergleichende Darstellung haben zu dem übereinstimmenden Ergebnis geführt, daß mit der Wendung eine "Beweisregel" im weitesten Sinne zuungunsten des Angeklagten oder anders ausgedrückt: zugunsten der allein durch den Besitz von Diebeswerkzeugen gefährdeten Rechtsgemeinschaft geschaffen werden soll. Auch die Wortinterpretation bestätigt dies im Ergebnis, wenngleich der Gebrauch der Worte "aus den Umständen" nicht erkennen läßt, auf welche Weise eine Beweiserleichterung für den Richter erreicht werden soll. Demnach führen alle Auslegungsmethoden zu demselben Ergebnis.

Kapitel 2: Die Verwirklichung des Auslegungsergebnisses in der Rechtsdogmatik

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen wird es ein, nachzuprüfen, ob und gegebenenfalls auf welche Weise die für den Angeklagten ungünstige Beweissituation rechtsdogmatisch verwirklicht werden kann. Dabei werde ich mich insbesondere mit der bei der Wortinterpretation aufgezeigten Problematik auseinanderzusetzen haben, ob die Worte "aus den Umständen" überhaupt geeignet sind, dem Gericht eine Beweiserleichterung zu ermöglichen.

Die für den Angeklagten nachteilige "Beweissituation" kann durch verschiedene, eng beieinander liegende, sich teilweise sogar überschneidende Erscheinungen erreicht werden. Der Eingriff in die durch die angeführten prozessualen Grundsätze garantierte Stellung des Angeklagten ist, je nachdem, welcher Auffassung man sich anschließt, graduell verschieden. Lehre und Rechtsprechung haben verschiedenartige Eingruppierungen vorgenommen. Diese sollen untersucht werden.

A. Die einzelnen Theorien

Lehre und Rechtsprechung sind zu folgenden Ergebnissen gekommen ¹⁾:

- (1) Das "Fehlen" der kriminellen Zweckbestimmung stellt eine "objektive Bedingung der Strafbarkeit" ²⁾ dar.
- (2) Die kriminelle Zweckbestimmung wird
 - a) widerlegbar oder
 - b) unwiderlegbar vermutet.
- (3) Eine "Beweisregel" spricht für das Vorliegen der kriminellen Zweckbestimmung im objektiven (auch: "äußeren") Tatbestand.
- (4) Eine "Beweisregel" spricht für das Vorliegen der kriminellen Zweckbestimmung auch im subjektiven (auch: "inneren") Tatbestand.

Die nachfolgenden Untersuchungen werden zeigen, ob eine dieser Ansichten einer rechtsdogmatischen Überprüfung standhält oder ob die Wendung "sofern ... bestimmt ist" eine andere - neue oder verbindende - Qualifizierung erfordert.

I. Die Wendung als objektive Strafbarkeitsbedingung

Die Ansicht, die Wendung "sofern ... bestimmt ist" enthalte eine objektive Strafbarkeitsbedingung, wurde vom Reichsgericht begründet ³⁾ und fand in der Rechtslehre zahlreiche

-
- 1) Diese Aufzählung läßt die Fragestellung erkennen, verschafft dazu einen Überblick über das hier gestellte Problem und hilft die Abgrenzung für das Thema aufzufinden.
 - 2) Gleichbedeutend mit "Bedingung der Strafbarkeit" (Schönke-Schröder, Vorbem. IX zu § 51), "objektive Strafbarkeitsmerkmale" (LK-Mezger, Einl. An. 4, S. 45 f. 45), oder "Strafandrohungsbedingungen" (Beling, Verbrechen, S. 51 ff. 51).
 - 3) So RGSt 69, S. 80 ff. 81: "Bedingung der Strafbarkeit". Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen.

Anhänger ¹⁾. Das Reichsgericht begründete seine Ansicht, "das Fehlen der Absicht, den Gegenstand als Diebeswerkzeug zu verwenden, sei zu einer rein äußeren - nämlich außerhalb der strafrechtlichen Schuld und des Vorsatzes des Täters liegenden - Bedingung der Strafbarkeit gestaltet" ²⁾, einmal mit der Stellung der Bedingung in dem "äußerlich abgetrennten", "dem gesetzlichen Tatbestand" ³⁾ ... nachfolgenden Bedingungssatz" ⁴⁾, zum anderen mit dem Willen des Gesetzgebers und schließlich mit einem Hinweis auf § 186 StGB, der eine "ähnliche" Regelung ⁵⁾ aufweise ⁶⁾. Es muß hervorgehoben werden, daß das Reichsgericht zwar ausführt, die kriminelle Zweckbestimmung könne von dem Täter selbst oder einem anderen ⁷⁾ dem Werkzeug gegeben worden sein, den Unterschied zwischen beiden Möglichkeiten aber bei der Auslegung der Wendung "sofern ... bestimmt ist" unberücksichtigt läßt ⁸⁾. Daraus ergibt sich, daß das Reichsgericht beide Fälle gleichbehandelt wissen will, also immer eine objektive Strafbarkeitsbedingung annimmt.

-
- 1) So Eb. Schmidt (Lehrkommentar I) Randnote 372, Fußnote 76 unter b, S. 207: "objektive Bedingung der Strafbarkeit"; Schäfer-Wagner-Schafheutle, § 245 a, Anm. 29: "negative Bedingung der Strafbarkeit"; Schwarz-Dreher, § 245 a, Anm. 1 D: "Bedingung der Strafbarkeit"; Grüniger, S. 37: "Strafbarkeitsbedingung"; Schlüter, S. 46 ff. 47: "Straflosigkeitsbedingung" oder "Nichtstrafbarkeitsbedingung"; Meisch, S. 23 f. 23: "Bedingung der Nichtstrafbarkeit".
 - 2) RGSt 69, S. 80 ff. 81.
 - 3) Gemeint ist: "Wer Diebeswerkzeuge in Besitz oder Gewahrsam hat, ..., wird bestraft".
 - 4) RGSt a.a.O.
 - 5) Nämlich: "wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist".
 - 6) RGSt a.a.O.
 - 7) Die bereits zitierte Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 69, S. 80 ff. betrifft einen solchen Fall.
 - 8) Das Reichsgericht spricht in beiden Fällen von der "Absicht" (Vgl. RG a.a.O. S. 80, 81), den Gegenstand zu strafbaren Handlungen zu verwenden, obwohl man nicht mehr von der Absicht des Täters sprechen kann, wenn ein anderer das Werkzeug kriminell bestimmt hat.

1) Stellung des "Sofern"-Satzes

Zunächst ist die Stellung ¹⁾ des "Sofern"-Satzes" kein zwingendes Argument für das Vorliegen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung. Zwar spricht sie, da der Bedingungssatz unmittelbar an das Prädikat "wird bestraft anknüpft, für eine "Bedingung der Strafbarkeit". Indessen zeigt gerade der Wortlaut anderer strafrechtlicher Vorschriften, die eine objektive Strafbarkeitsbedingung enthalten, daß die Stellung des Bedingungssatzes eine Strafbarkeitsbedingung nicht zwingend vorschreibt. Die Bedingungssätze "wenn wegen derselben Tatsache die Ehe geschieden worden ist" in § 172 Absatz 1 StGB, "wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist" in § 186 Absatz 1 StGB, "falls der Zweikampf stattfindet" in § 210 StGB, werden von der überwiegenden Meinung des Schrifttums und teilweise auch der Rechtsprechung als objektive Strafbarkeitsbedingungen aufgefaßt ²⁾, ohne daß sie hinter dem "gesetzlichen Tatbestand" ³⁾ stehen, vielmehr in diesen jeweils eingegliedert sind. In gleicher Weise könnte auch § 245 a Absatz 1 StGB lauten: "Wer Diebeswerkzeuge in Besitz oder Gewahrsam hat, wird, sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug

1) RGSt 69, S. 80 ff. 81.

2) Vgl.

a) v. Liszt-Schmidt, § 43 I, S. 293 ff., 294; Dreher-Maassen, § 172, Anm. 2; Sauer, § 50 II 2, S. 584.

b) zu § 210 StGB: Maurach, A.T., § 21 IV A 2, S. 215; Frank, § 32 II 4, S. 432 f.; das Reichsgericht, auf dessen Ansicht wegen seiner wesentlichen Einflußnahme auf die Auffassung, § 245 a Absatz 1 StGB enthalte eine objektive Strafbarkeitsbedingung (wegen seines Wortlautes), besonderes Gewicht zu legen ist, hat zu dieser Frage - soweit ersichtlich - nicht Stellung genommen;

c) zu § 186 StGB: Maurach, B.T., § 18 II B 3, S. 139 f.; Lb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 372, Fußnote 76 unter a, S. 207; Bockelmann in JR 1954, S. 327 ff. 328; weitere Hinweise finden sich bei Bemann in MDR 1956, S. 387 ff. 388, Fußnoten 7 bis 15.

3) Vgl. RGSt a.a.O.

nicht zu strafbaren Handlungen bestimmt ist, bestraft" ¹⁾).

Auch spricht die Fassung des Gesetzeswortlautes als Bedingungssatz nicht zwingend für das Vorliegen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung ²⁾, wie umgekehrt durch einen nicht in einen Bedingungssatz gekleideten Gesetzeswortlaut eine objektive Strafbarkeitsbedingung aufgestellt werden kann: Dies zeigt deutlich die Vorschrift des § 113 StGB, in der die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung von der ganz h. M. als objektive Strafbarkeitsbedingung aufgefaßt wird ³⁾. Dem Reichsgericht ist zwar darin beizutreten, daß eine konditionale Satzkonstruktion typisch für eine objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Indessen vermag allein die Fassung des Gesetzes als Bedingungssatz das Vorliegen einer objektiven Strafbarkeitsbedingung nicht zu begründen.

-
- 1) Ein solcher "Nachklapp" ("bestraft") wäre sprachlich nicht wünschenswert; allein deshalb kann sich schon der Gesetzgeber für diese Gesetzesfassung entschieden haben. Dieselbe Fassung im Hinblick auf den außerhalb des Tatbestandes stehenden Bedingungssatz weisen ferner auf die Vorschrift des § 227 Absatz 1 StGB ("falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist", hierzu Bemann, S. 42, Fußnoten 300-312) und § 239 Absatz 1 KO ("wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen, ...", vgl. Bemann, S. 46, Fußnoten 330-343).
 - 2) Die mit "soweit nicht" in §§ 102, 106 b Absatz 1 Satz 1, 109 e Absatz 5, 109 f Absatz 1 Satz 1, 109 g Absatz 2, 129 Absatz 1, 140 Absatz 1, 145 d, 265 a StGB und mit "sofern nicht" in §§ 207, 248 b Absatz 1 StGB eingeleiteten Bedingungssätze kennzeichnen lediglich Subordinationsklauseln; vgl. auch §§ 86, 252, 139 StGB.
 - 3) So die h.M.; vgl. Maurach, A.T., § 21 IV A 2, S. 215 f., und B.T., § 67 II A 1, S. 592 ff., mit weiteren Literaturhinweisen; die gleiche Ansicht vertritt das Reichsgericht in RGSt 3, S. 14 ff. 19 f.; 55, S. 161 ff. 166; 47, S. 270 ff. 280, 60, S. 337 ff. 343, sogar schon 2, S. 423 ff. 425; vgl. zu diesem Problem auch Sauer, § 3 III 3 e) aa), S. 45 (a.E.).

2) Der Wille des Gesetzgebers

Schließlich ist nicht - wie das Reichsgericht weiter ausführt ¹⁾ - der Wille des Gesetzgebers dafür anzuführen, daß die Wendung "sofern ... bestimmt ist" eine objektive Strafbarkeitsbedingung enthalte. In der amtlichen Begründung zum Gewohnheitsverbrechergesetz wird vielmehr ausgeführt ²⁾, daß dem Angeklagten der "Entlastungsbeweis" dahingehend, das Werkzeug sei nicht zu strafbaren Handlungen bestimmt, möglich sein solle. Es kommt hier nicht darauf an, inwieweit die Ansicht des Reichsgerichts dem Willen des Gesetzgebers gerecht wird, nämlich ob die "negativ gefaßte Strafbarkeitsbedingung" einem "Entlastungsbeweis" gleichzusetzen ist, also wie der Entlastungsbeweis sich auswirkt. Diese Untersuchung wäre zudem müßig, da man sich keiner Begriffe bedient, die wie andere wirken, sondern sich dieser Begriffe selbst bedienen soll. Vielmehr geht es hier allein darum, begriffliche Klarheit zu gewinnen, die zu einer dogmatischen eindeutigen Qualifikation führt, wie bereits eingangs ³⁾ erwähnt wurde.

Nur so wird es möglich sein, im zweiten Teil dem Anliegen dieser Arbeit gerecht zu werden, die Vorschrift des § 245 a StGB auf ihre Vereinbarkeit mit Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit zu überprüfen. Denn diese Untersuchung setzt voraus, daß eine eindeutige Stellungnahme für die in § 245 a StGB zum Ausdruck gekommenen rechtlichen Erscheinungen vorliegt.

3) Die ähnliche Regelung des § 186 StGB

Schließlich weist das Reichsgericht zur Begründung seiner Ansicht auf die "ähnliche" Regelung in § 186 StGB hin ⁴⁾.

1) Vgl. RGSt a.a.O.

2) So die amtliche Begründung in DRAnzPreußStAnz, Nr. 277, vom 27. November 1933, S. 3.

3) Vgl. oben S. 6.

4) RGSt a.a.O.

Die Worte "... wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist ..." entsprechen zwar in ihrer grammatikalischen Bedeutung ¹⁾ der in § 245 a Absatz 1 StGB enthaltenen Wendung "sofern ... bestimmt ist". Indessen überzeugt auch dieses Argument des Reichsgerichtes nicht, wie die folgenden Ausführungen über die "Schuldfremdheit" der objektiven Strafbarkeitsbedingungen zeigen werden.

4) Das Merkmal der Schuldfremdheit

Die Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ist heute von der ganz herrschenden Meinung anerkannt ²⁾, der hier beigetreten werden soll ³⁾. Gleichwohl scheint es schwierig zu sein, ihr Wesen - wie es für die nun anzustellende Untersuchung notwendig ist - abstrakt zu bestimmen und in einer Definition einzufangen. Es fällt nämlich auf, daß sich fast an keiner Stelle eine positiv gefaßte Definition findet, daß der Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingung vielmehr lediglich gegen andere Rechtsbegriffe ⁴⁾ negativ abgegrenzt wird ⁵⁾. Immer wieder wird betont ⁶⁾, daß nur von Fall zu Fall bei den einzelnen Tatbeständen des Strafgesetzbuches und nicht generell bei den allgemeinen Lehren des Strafrechts entschieden werden könne, ob eine objektive Strafbarkeitsbedingung

-
- 1) Nämlich satzverneinter Bedingungssatz.
 - 2) Vgl. Bemann, S. 3 ff., mit erschöpfenden Literatur- und Rechtsprechungshinweisen.
 - 3) Ich verweise insoweit auf Maurach, A.T., § 21 IV, S. 214 ff.; LK-Mezger, Einleit., Anh. 4, S. 45 f.; eine Auseinandersetzung mit Bemanns (S. 28 ff., 53 ff.), Armin Kaufmanns (Lebendiges), S. 212, und Bockelmanns (Niederschriften), S. 237 ff., Ansichten, nach denen die Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingungen in Abrede gestellt wird, würde überdies den Rahmen dieser Arbeit sprengen.
 - 4) Vor allem gegen die Begriffe "objektives Tatbestandsmerkmal" und "Prozeßvoraussetzung".
 - 5) Vgl. die Darstellung bei Maurach, A.T., § 21 IV, A 1, S. 214 f.; Welzel, § 10 V d, S. 53; Schönke-Schröder, § 51, Vorbem. IX: "Hierunter sind außerhalb des Unrechtstatbestandes liegenden Umstände zu verstehen, von denen die Strafbarkeit der Handlung abhängt, ohne daß sie für die rechtliche Mißbilligung der Tat von Bedeutung wären".
 - 6) Vgl. z. B. LK-Mezger, Einleitung, S. 46; Maurach a.a.O.

vorliege. Max Ernst Mayer ¹⁾ ging sogar so weit zu behaupten, daß "die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nur einen Namen und keine Art haben".

a) Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingung

Jedenfalls aber herrscht über das Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen insofern Einigkeit, als ihr Inhalt "schuld fremd" ²⁾, "aus der Schuldverkettung gelöst ist" ³⁾ und "nicht dem sozialschädlichen Verhalten oder seiner Vorwerfbarkeit angehört" ⁴⁾. Die objektive Strafbarkeitsbedingung kann, wie Schmidhäuser ⁵⁾ zutreffend ausführt, ihrem Namen als "objektiver" Strafvoraussetzung entsprechend, "nur objektiv gegeben sein, d.h. ohne daß der Täter sich den Umstand vorgestellt hat oder doch hätte vorstellen können, ohne daß sich also die Schuld auf diesen (objektiv bedingten) Umfang beziehe". Auch nach Stratenwerth ⁶⁾ dürfen die "rein objektiven Bedingungen nicht als Merkmal des vorwerfbaren Verhaltens als solchem auftreten".

Damit ist die Natur der objektiven Strafbarkeitsbedingungen als außertatbestandliche Elemente der Strafbarkeit infolge ihrer Schulfremdheit anerkannt: Schuld nämlich ist die Verantwortlichkeit des Täters für sein rechtswidriges Verhalten ⁷⁾; dieses wird im Tatbestand umschrieben, der sich

1) Max Ernst Mayer, S. 101.

2) Zimmerl, S. 24 ff.; Radbruch, SchwZSt 51, S. 254 ff.

3) Rittler, S. 12.

4) Hegler ZStW 36, S. 184 ff. 224; Bemann, S. 3 ff., gibt einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Lehre von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen.

5) Vgl. Schmidhäuser in ZStW 71, S. 545 ff., 547.

6) Vgl. Stratenwerth in ZStW 71, S. 565 ff., 569.

7) Maurach, A.T., § 35, mit ausführlichem Schrifttumsverzeichnis und geschichtlicher Entwicklung des Schuldbegriffs ("Schuld ist Vorwerfbarkeit eines mißbilligten Tuns"); Schönke-Schröder, § 51, Vorbem. V, S. 357 ff. 357; v. Liszt, § 36 I 1 S. 150 ff. 151; v. Hippel, § 21 II, S. 270 ff. 270; Welzel, § 19 II, S. 125 ff.; ders. in ZStW 60, S. 428 ff.; BGH 2, S. 194 ff., 200 ff. 201: "Schuld ist Vorwerfbarkeit".

sonach als Vertypung strafrechtlichen Unrechts darstellt¹⁾. Wenn also die objektiven Strafbarkeitsbedingungen wesensmäßig kein Unrecht enthalten können, so kann folgerichtig ihr Inhalt nicht in einem Tatbestandsmerkmal enthalten sein, das (seiner Natur nach) Unrecht typisiert. Deshalb werden heute die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, "obwohl sie vielfach in das System der Tatbestandsmerkmale eingebettet sind"²⁾, dennoch nicht als zum Tatbestand gehörend aufgefaßt³⁾. Von ihnen hängt eben nur die "Strafbarkeit", nicht aber auch deren einzelne Voraussetzungen oder gar die "Strafwürdigkeit" ab.

b) Die Schuldbezogenheit der Zweckbestimmung

Was besagen diese Erkenntnisse für den Tatbestand des § 245a Absatz 1 StGB? Inhalt der objektiven Strafbarkeitsbedingung soll nach der Lehre des Reichsgerichtes⁴⁾ das Fehlen der kriminellen Zweckbestimmung sein. Diese ist aber - auch nach der Ansicht des Reichsgerichtes⁵⁾ - schon im Tatbestand enthalten, wie das Tatbestandsmerkmal "Diebeswerkzeuge" zu erkennen gibt. Einmal ist die kriminelle Zweckbestimmung Teil des objektiven Tatbestandsmerkmals "Diebeswerkzeuge", wenn ein anderer als der Täter das Werkzeug

-
- 1) Kaufmann in JZ 1954, S. 653 ff. 656 (unter III); Mezger in NJW 1953, S. 2 ff. 3 f. (unter IV); Mezger (Sonderdruck), S. 285 ff. 296 ff. und Studienbuch I, § 34, S. 95 ff.: Strafbarkeitsbedingungen sind "Annexe" des Tatbestandes; Maurach, A.T., § 19 II A, S. 179 ff.; Rittler, Festgabe für Frank, II, S. 13; Helmut v. Weber, S. 183 ff. 186.
 - 2) Maurach (Grundriß), S. 106.
 - 3) v. Liszt-Schmidt, S. 293 ff.; Engisch, S. 13, 80; Maurach, A.T., § 21 IV A, S. 214; Welzel, § 10 V d, S. 53; Bockelmann in NJW 1951, S. 620 ff. 623; Schönke-Schröder, § 51, Vorbem. IX, S. 362; Schröder in ZStW 65, S. 178 ff. 182; Mezger-Blei (Studienbuch I), § 39, S. 95 ff. 93; Schwarzkleinknecht, vor § 1, Anm. 1 B a.
 - 4) RGSt 69, S. 80 ff. 80.
 - 5) RGSt a.a.O.: "an sich gehört zu dem Begriff Diebeswerkzeug nicht nur die objektive Geeignetheit, sondern auch die subjektive kriminelle Zweckbestimmung"; vgl. oben S. 10 ff.

zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt hat ¹⁾; dann muß sich aber auch der Vorsatz auf diese Zweckbestimmung beziehen, der seinerseits wiederum zum objektiven Tatbestand gehört, wie die Vertreter der finalen Handlungslehre überzeugend nachgewiesen haben ²⁾. Zum anderen ist die kriminelle Zweckbestimmung als subjektives Unrechtselement Tatbestandsteil ³⁾, wenn der Täter selbst das Werkzeug zur Verwendung bei strafbaren Handlungen zu gebrauchen beabsichtigte ⁴⁾. Die kriminelle Zweckbestimmung gehört also in jedem Fall zum Tatbestand des § 245 a Absatz 1 StGB und somit auch zum Unrecht.

5) Ergebnis

Aus dem Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen verbietet sich die Ansicht des Reichsgerichts. Wie wenig sich das Reichsgericht mit dem Wesensmerkmal der "Schuldfremdheit" der objektiven Strafbarkeitsbedingungen auseinandergesetzt - ja dieses Merkmal überhaupt nicht beachtet hat - zeigt der Hinweis auf § 186 StGB ⁵⁾. Die Worte "wenn nicht die Tatsache erweislich wahr ist" in § 186 StGB enthalten keine Merkmale der Vorwerfbarkeit. Ob nämlich die Behauptung wahr oder unwahr ist, hat weder für den objektiven noch den subjektiven Tatbestand der üblen Nachrede Bedeutung. Die §§ 186, 187 StGB "schützen weder die Wahrheit,

1) Vgl. oben S. 21.

2) So Niese, S. 6 ff.; Welzel in ZStW 58, S. 491 ff. 502 ff.; Schaffstein in ZStW 57, S. 295 ff. 305, 311 f. und 315; Maurach, A.T., § 20 I, S. 193 ff.; ders., A.T., § 22 I A, S. 218.; Gallas in ZStW 67, S. 31 ff.

3) Die Einordnung der subjektiven Unrechtselemente in den subjektiven Tatbestand entspricht der heute herrschenden Auffassung, vgl. Maurach, A.T., § 20 I 2 a, S. 194.

4) Vgl. oben S. 21.

5) RGSt 69, S. 80 ff. 81: "(Der Bedingungssatz) ist zu einer Bedingung der Strafbarkeit gestaltet, ähnlich wie das in § 186 bei der Nichterweislichkeit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache geschehen ist".

noch strafen sie die Unwahrheit (Lüge)" ¹⁾. Sie dienen vielmehr dem Schutz des guten Rufes des Betroffenen. Die Norm des § 186 StGB lautet, wie Bockelmann zutreffend ausführt ²⁾: "Du sollst überhaupt nichts (sei es wahr oder unwahr) Ehrenkränkendes über einen anderen sagen" und nicht etwa: "Du sollst nichts Ehrenkränkendes über einen anderen sagen, das unwahr ist"! Folglich widerspricht es nicht dem Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, wenn das Scheitern des Wahrheitsbeweises als objektive Strafbarkeitsbedingung aufgefaßt wird ³⁾. Dieses Argument läßt erkennen, daß das Reichsgericht seine Ansicht gebildet hat, ohne der Rechtsnatur der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ausreichend Rechnung zu tragen, ohne also diesen rechtsdogmatischen Begriff darauf hin zu untersuchen, ob er auf die Wendung des § 245 a Absatz 1 StGB übertragen werden kann.

Der Ansicht des Reichsgerichtes, die Wendung "sofern ... bestimmt ist" in § 245 a Absatz 1 StGB stelle eine objektive Strafbarkeitsbedingung dar, kann also nicht beigegeben werden.

II. Die Wendung als Vermutung

Wie bereits oben dargelegt wurde ⁴⁾, kann nur durch die Bedingungsfeststellung (Gliedsatz II) ⁵⁾ die Wendung "sofern ... bestimmt ist" entscheidend beeinflußt werden. Die Bedingungs-

1) Maurach, B.T., § 18 II B 1, S. 136 f.

2) Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1747 und auch in JR 1954 S. 327 ff. 328.

3) Das Reichsgericht hat zwar noch in RGSt 65, S. 422 ff. 425, ausgeführt, daß bei § 186 StGB "die Erweislichkeit ein Strafausschließungsgrund sei". Indessen steht dies nicht der Auffassung entgegen, daß die Nichterweislichkeit eine objektive Strafbarkeitsbedingung ist, wie Kohlrausch-Lange (§ 186 Anm. VIII, S. 453) mit Zustimmung von Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 372, Fußnote 76 unter a, S. 207) ausführen. Vgl. auch Welzel, § 10 V d), S. 53, und Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1747 Fußnote 29. Jedenfalls sieht das Reichsgericht die Nichterweislichkeit in § 186 StGB spätestens in RGSt 69, S. 80 ff. als eine objektive Strafbarkeitsbedingung an, wie sein dortiger Verweis auf diese Vorschrift zeigt.

4) Vgl. oben S. 19.

5) Dasselbe sind die Worte: "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt".

feststellung aber hängt von der Erweislichkeit oder dem Nachweis des Bedingungsgrundes ¹⁾ ab. Was liegt aber dann näher, als von einer "Vermutung" oder "Beweisvermutung" zu sprechen?

Das Reichsgericht hat eine Beweiserleichterung durch die objektive Strafbarkeitsbedingung als verwirklicht erachtet. Es scheint so, als ob sich das Gericht gescheut hätte ²⁾, das wahre Gesicht des § 245 a StGB aufzuzeigen und bestrebt gewesen ist, eine den strafprozessualen Beweisgrundsätzen in höchstem Maße widersprechende "Beweisvermutung" zuungunsten des Angeklagten mit dem Mäntelchen der "harmlosen", zumindest "neutraleren" objektiven Strafbarkeitsbedingung zu behängen? Allerdings spricht das Reichsgericht offen davon, daß mit Hilfe der von ihm vorgenommenen Auslegung wegen der auftretenden "Beweisschwierigkeiten" die subjektive Zweckbestimmung des Werkzeugs "unwiderlegbar vermutet" ³⁾ werde. Andere wiederum sprechen - ohne eine weitere dogmatische Begründung vorzunehmen und (wie das Reichsgericht) lediglich unter Hinweis auf die auftretenden Beweisschwierigkeiten - von einer "widerlegbaren Vermutung" ⁴⁾. Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob eine widerlegbare oder unwiderlegbare Vermutung durch die Wendung aufgestellt wird. Für beide Ansichten ist Voraussetzung, daß § 245 a Absatz 1 StGB jedenfalls eine **V e r m u t u n g** enthält.

-
- 1) Das ist Gliedsatz (III): " daß das Werkzeug zu strafbaren Handlungen bestimmt ist".
 - 2) Das Urteil datiert vom 8.1.1935, also aus der Anfangszeit des Nationalsozialismus.
 - 3) So RGSt 69, S. 80 ff. 81.
 - 4) Sauer, § 3 III e) aa), S. 45; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 245 a, Anm. 5, S. 302; Gersbach-Zirpius-Schulz, § 245 a, Anm. C 1 c), S. 347; Dreher-Maassen, § 245 a, Anm. 2; Niethammer, S. 248 (unter c.), allerdings höchst (!) unklar ausgedrückt; mit dem Reichsgericht sprechen Lüdemann (S. 43), Schlüter (S. 47), Grüniger (S. 36 ff. 39) zwar von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit, jedoch auch von einer widerlegbaren Vermutung

1) Begriff der Vermutung

Dieser Begriff mahnt zu besonderer Vorsicht; denn nirgends herrscht - wie Rosenberg überzeugend nachweist ¹⁾ - "eine solche Sprachverwilderung und Begriffsverwirrung wie in der Lehre von den Vermutungen". Dies zeigt auch die Kommentierung des § 245 a Absatz 1 StGB, da oft, ja sehr oft, von einer "Vermutung" oder von "vermuten" gesprochen wird, ohne daß der "Sofern-Satz" auf seine Übereinstimmung mit dem Rechtsbegriff "Vermutung" untersucht wird. Das Wort "Vermutung" oder das Verb "vermuten" wird einfach in seinem allgemeinen Sprachgebrauch verstanden (wie z.B.: "Ich vermute, daß es regnen wird"), jedoch sofort mit dem gleichleitenden Rechtsbegriff identifiziert ²⁾. Auch wird dieser Rechtsbegriff vorschnell herangezogen, um dem gesetzgeberischen Willen Nachdruck zu verleihen ³⁾.

Rosenberg definiert den Begriff Vermutung zutreffend als "solche Rechtssätze, die das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals ... aus einem tatbestandsfremden Umstand schließen ⁴⁾".

1) Rosenberg, § 15 I 1, S. 199 ff. 199.

2) Vgl. beispielsweise die Darstellung bei Niethammer, S. 248 unter c); Lüdemann, S. 43, und Schlüter, S. 47.

3) Dabei wird nicht beachtet, daß die amtliche Begründung in erster Linie von "Entlastungsbeweis" spricht, vgl. hierzu oben S. 31. Diese Begriffe trennt auch der Bundesgerichtshof nicht scharf, wie der Entscheidung in BGHZ 5, S. 23 ff. 26 zeigt. Danach soll nämlich in § 282 BGB "ein Verschulden zum Nachteil der Schuldner vermutet" werden. Indessen kommt in dieser Vorschrift klar zu Ausdruck, daß sie eine Regel der Beweislast aufstellt.

4) Rosenberg, a.a.O., S. 203, definiert an dieser Stelle zwar die Vermutung von "Tatsachen". Auf den Unterschied zwischen dieser und der sog. Rechtsvermutung braucht hier nicht eingegangen zu werden. Rosenberg stimmen zu: Nipperdey, § 30 II 2 b), S. 198, mit weiteren Angaben in Fußnote 8 ebenda; Stein-Jonas, § 292 Anm. I, mit weiteren Hinweisen. Die von Rosenberg aufgestellte Definition kann man heute als h.L. bezeichnen; so hat Henkel, S. 580, die in der Definition enthaltenen Voraussetzungen ohne weitere Kommentierung und ohne Bezugnahme auf gegenteilige Ansichten für seine sehr sorgsam Betrachtungen übernommen.

Wirkung, Aufgabe und Wesen der Vermutung besteht sonach darin, daß aus einem außerhalb des Tatbestandes liegenden Umstand auf ein Tatbestandsmerkmal geschlossen wird. Dieser "Umstand" kann in § 245 a Absatz 1 StGB nur von den "Umständen" bzw. deren Fehlen wiedergegeben sein. Dann stellt sich aber die Frage, ob die Voraussetzungen einer Vermutung, d.h. die Umstände oder der Umstand, auf Grund dessen das Tatbestandsmerkmal vermutet wird, kurz: die "Vermutungsbasis"¹⁾, in einen so allgemeinen, vieldeutigen und unbestimmten Begriff ausgedrückt sein können, wie in § 245 a StGB durch "Umstände" geschehen ist, und nicht vielmehr durch genau gekennzeichnete, in ihrem Umfang bestimmte und abgegrenzte Prämissen ausgestaltet sein müssen. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem Sinn und Zweck einer Vermutung, aus der rechtspolitischen Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit ihr verfolgt, sowie einem Vergleich mit anderen, mit Sicherheit als Vermutung ausgestalteten und von Rechtsprechung und Lehre als solche anerkannten Rechtssätzen.

2) Zweck der Vermutung und § 245 a StGB

Mit Hilfe der Gesetzesvermutung wird das Beweisthema derart verschoben²⁾, daß nicht mehr das (vermutete) Tatbestandsmerkmal, sondern nur die Vermutungsbasis bewiesen werden muß; sodann wird durch die Feststellung der Vermutungsbasis das Tatbestandsmerkmal als bewiesen erachtet. Dies bedeutet, auf § 245 a Absatz 1 StGB angewandt, daß die Verwendungsbestimmung so lange vermutet wird, als sich nicht aus den Umständen die Nichtverwendungsbestimmung ergibt. Die ratio des Gesetzgebers bei der Aufstellung von Vermutungen stimmt mit dem Sinn und Zweck der Wendung "sofern ... bestimmt ist" in § 245 a StGB überein. Durch die Vermutung soll nämlich derjenige Verfahrensbeteiligte, für den nach den Gesetzen der allgemeinen Lebenserfahrung eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht und dessen Rechtsstellung deshalb Schutz verdient,

1) Rosenberg, a.a.O., S. 203; Flandrak, S. 6, 41.

2) Nicht aber wird die Beweislast umgekehrt, so zutreffend Stein-Jonas, § 292 Anm. II 1 Anm. 15, mit Literatur- und Rechtsprechungshinweisen; Schönke-Schröder-Niese, § 58 V, S. 262; damit erübrigt es sich, hier auf die Frage der Beweislast im Strafprozeßverfahren einzugehen.

seinem Gegner vorgezogen werden. Das bedeutet, auf § 245 a Absatz 1 StGB übertragen, daß es wahrscheinlich ist, daß derjenige, der - einschlägig vorbestraft - wiederum zum Diebstahl geeignete Werkzeuge in Besitz hat, auch einen Diebstahl begehen werde. Dagegen verdient die Gemeinschaft erhöhten Schutz, weil ihre Interessen - die Rechtsgüter ihrer Mitglieder - vermutlich oder wahrscheinlich verletzt werden. Folglich könnte man ihr durch eine Vermutung dazu verhelfen, die durch diesen "gefährlichen Besitzer" drohende Gefahr frühzeitig abzuwenden; es kommt sogar noch dazu, daß die Zweckbestimmung der Werkzeuge zu kriminellem Verhalten als innerer Vorgang schwer zu beweisen ist, und man gerne sich auf äußere, nicht abzuleugnende, klar zu Tage tretende Umstände berufen will, um die drohende Gefahr abzuwenden.

3) Die Vermutungsbasis ("Umstände")

Diese "Umstände", die man gerne heranziehen möchte, können aber nur dann eine Vermutungsbasis abgeben, wenn sie klar umrissen sind. Es ist unschwer zu erkennen, daß diese Voraussetzung nicht erfüllt ist ¹⁾. Durch Gesetzesvermutungen soll gerade an die Stelle des von dem Richter aufgrund der unbestimmten "Umstände" vorzunehmenden Indizienschlusses ein den Richter bindender Rechtssatz gestellt werden, die freie richterliche Würdigung der konkreten Tatumstände durch Gesetzesumstände ausgeschlossen werden ²⁾. Wenn aber das Gesetz dem Richter den Schluß vom "Indiz" ³⁾ zum vermuteten Tatbestandsmerkmal zwingend vorschreibt, so muß es dem Richter auch eine bestimmte Prämisse bezeichnen ⁴⁾. Andernfalls wäre der Richter auch gleichzeitig Gesetzgeber. Denn er würde die Vermutungsbasis schaffen, eine Aufgabe, die der Gesetzgeber bei der "echten" Vermutung selbst vornimmt und die diesem auch allein vorbehalten bleiben muß. Gerade mit der Aufstellung einzelner bestimmter Umstände als Vermutungsbasis soll dem Richter auch ein bestimmter Schluß zwingend vorgeschrieben und der ratio des Gesetzes zum Ziel verholfen werden. Der

1) Vgl. oben S. 26 f.

2) Rosenberg, a.a.O., § 15 I 5, S. 210 ff. 211; Stein-Jonas, § 292, Anm. I; Beling (1928), § 58, III 2, S. 288, spricht vom "gesetzlichen Zwangsindiz".

3) Schönke-Schröder-Niese, § 58 V, S. 262.

4) Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1748.

Gesetzgeber hat dieser seiner Aufgabe noch nicht Genüge getan, wenn er lediglich einen - wie die Bedeutung des Begriffes "Umstände" zeigt - weiteren Rahmen absteckt, innerhalb dessen sich der Richter seine Prämisse selbst schaffen soll. Dann kann man keinesfalls mehr von einer "gesetzlichen Vermutung" sprechen, zu deren Wesen - wie der Name schon sagt - gehört, daß der Gesetzgeber die Vermutungsbasis bestimmt hat.

4) Die "richterliche Vermutung"

Man könnte allenfalls mit Schröder ¹⁾ von einer "richterlichen Vermutung" sprechen. Darunter muß man solche "Vermutungen" verstehen, deren Indiztatsachen nicht vom Gesetzgeber, sondern vom Richter aufgestellt werden. Dieser Begriff hilft hier nicht weiter und täuscht zudem noch über die Problemstellung hinweg. Denn "richterliche Vermutungen" bezeichnen lediglich den Denkvorgang, den der Richter innerhalb der freien Beweiswürdigung anstellt, wenn er von den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens Rückschlüsse auf den zur Entscheidung stehenden Fall zieht. Jedenfalls taucht immer dann eine richterliche Vermutung auf, wenn der Richter einen Indizienschluß vornimmt. Somit bezeichnet der Ausdruck "richterliche Vermutung" lediglich einen vom Richter selbst innerhalb der Überzeugungsbildung geschaffenen "Vermutungstatbestand". Dieser tritt also nicht - wie die Vermutung als Inhalt einer gesetzlichen Vorschrift - an den Richter von außen heran und zwingt ihn nicht zu einem von seinem Willen unabhängigen, gesetzlich vorgeschriebenen Vorgehen bei der Beweiserhebung. Dann aber kann man nicht mehr von einer "Vermutung im rechtstechnischen Sinne" sprechen. Die sogenannte "richterliche Vermutung" kann auch für die hier anzustellenden Untersuchungen nicht fruchtbar sein, sie ist im Gegenteil nur verwirrend ²⁾. Eine andere Frage ist, ob der Richter durch die Wendung nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit des Anscheinsbeweises ("prima facie-Beweis") hingewiesen werden soll. Darauf wird jedoch noch an anderer Stelle ein-

1) Schröder in NJW 1959, S. 1903 ff. 1904.

2) Soweit ersichtlich, taucht dieser Begriff nur noch bei Lüdemann (S. 3) auf, der ihn "Laienvermutungen" (=Vermutungen in der Alltagssprache) wiedergibt; im zivilprozessualen Schrifttum vgl. Baumbach-Lauterbach, Anh. zu § 282, Anm. 3.

zugehen sein.

5) "Echte" Gesetzesvermutungen

Ein Vergleich mit anderen als Gesetzesvermutungen anerkannten Vorschriften bestätigt die Ansicht, daß § 245 a Absatz 1 StGB keine Vermutung enthält. So zeigen z.B. die §§ 1253 Absatz 2, 1720 Absatz 2 BGB, daß vom Gesetzgeber bestimmte Umstände (Besitz des Verpfänders an der Pfandsache oder Anerkennung der Vaterschaft in einer Urkunde) die Vermutungsbasis bilden.

Auch die Strafgesetze halten an dieser Voraussetzung der Vermutung fest, wie die Vorschrift des § 20 Absatz 2 RPressG zeigt ¹⁾. Allerdings spricht man in strafrechtlichen Nebengesetzen häufig von "Schuldvermutungen" ²⁾, die jedoch einer begrifflichen Nachprüfung nicht standhalten. Zu diesen wurden vor allem die Tatbestände des Zoll- und Steuerstrafrechts gezählt, die bei Rosenberg ³⁾ erschöpfend aufgeführt sind ⁴⁾, sowie § 84 Absatz 3 GmbHG und § 141 Absatz 3 VersAufsG. Alle diese Tatbestände enthalten keine "eentlichen" Vermutungen, da sie nicht aus einem außerhalb des Tatbestandes der strafbaren Handlung liegenden Umstand auf das Vorhandensein eines Tatbestandsmerkmals schließen ⁵⁾. Vielmehr wird der

-
- 1) An den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde die Lehre von den Vermutungen entwickelt; wenn wir aber auch im Strafrecht von "Vermutung" sprechen wollen, so dürfen wir nicht von einem (überhaupt nicht entwickelten) strafrechtlichen Vermutungsbegriff sprechen, sondern müssen die Wesensmerkmale der bürgerlich rechtlichen Vermutung auch hier anerkennen. Denn wo man auch immer von "Vermutung" spricht, meint man die des Bürgerlichen Gesetzbuches.
 - 2) Vgl. Löwe-Rosenberg-Geier, § 261, Anm. 6, S. 676; v. Hippel, § 60, Anm. I 2 a), S. 385; Rosenberg, S. 37 in Fußnote 7 mit weiteren Literaturangaben.
 - 3) Rosenberg, § 3 IV, 5, S. 38, Fußnote 3).
 - 4) Alle diese Tatbestände haben heute keine Geltung mehr, so Hartung, § 393, Anm. 2, S. 22 f., unter Hinweis auf das "Gesetz zur Änderung der Reichsabgabenordnung" vom 4.7.1939 (RGBl. I, S. 1181); vgl. hierzu auch Löwe-Rosenberg-Geier, § 261, Anm. 6, S. 676; Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 372, Fußnote 76 d, S. 208, und Henkel, S. 586.
 - 5) Vgl. oben S. 52 f.

Strafanspruch allein durch äußere Umstände begründet, durch die Feststellung, daß ein Verschulden nicht vorliegt, aber ausgeschlossen ¹⁾. Diese sogenannten "Schuldvermutungen" können also nicht dafür zur Begründung herangezogen werden, daß § 245 a Absatz 1 StGB eine Vermutung enthalte. Es erübrigt sich deshalb, sich mit ihnen in diesem Zusammenhang weiter zu beschäftigen.

Die Wendung "sofern ... bestimmt ist" enthält demzufolge keine Vermutung im rechtstechnischen Sinne.

III. Die Wendung als "Beweisregel"

Von den herkömmlichen Auffassungen sind somit nur noch diejenigen kritisch nachzuprüfen, die die Wendung "sofern ... ist" als "Beweisregel" rechtsdogmatisch einordnen wollen, und zwar einmal als "Beweisregel" für den "äußeren" (oder objektiven) Tatbestand und zum anderen für den "äußeren" und "inneren" (oder subjektiven) Tatbestand.

i) Begriff und Wesen

Schon ein kurzer Blick auf das Wesen derjenigen Rechtserscheinung, die anerkanntermaßen mit dem Begriff "Beweisregel" belegt wird, könnte genügen, um diese Ansicht als unrichtig abzulehnen. Nach der feststehenden Terminologie der Wissenschaft versteht man unter Beweisregel solche "Rechtsätze, welche den Richter zwingen (oder ihm verbieten), bestimmten Beweismitteln einen bestimmten Beweiswert beizulegen" ²⁾, oder "Vorschriften über die aus einem Beweise ohne Rücksicht auf die Überzeugung des Richters kraft gesetzlichen Zwanges zu ziehenden Folgerungen" ³⁾. Solche "echten" Beweisregeln finden sich in §§ 314, 415 bis 418 ZPO

1) Vgl. hierzu Rosenberg, § 3 IV 5, S. 39; Henkel, a.a.O., S. 586.

2) So Stein-Jonas, § 286, Anm. V.

3) So Förster-Kann, § 286, Anm. 4, zustimmend Rosenberg, S. 220 (unten); auch Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1748, unter Berufung auf Goldschmitt.

und auch in § 274 StPO. Bei den Vorschriften §§ 415 bis 418 ZPO ist schon aus der Überschrift des 9. Titels des 2. Buches der Zivilprozeßordnung (§§ 415 ff.) "Beweis durch Urkunden" zu entnehmen, daß es sich um die Beweiskraft von Beweismitteln und nicht von Beweistatsachen handelt. Bei § 245 a Absatz 1 StGB ist aber letzteres offensichtlich der Fall.

Wollte man wegen dieser terminologischen Unrichtigkeit schon diese Ansichten ablehnen ¹⁾, so übersähe man Wesentliches. Denn die Vertreter dieser Ansichten gehen von der zutreffenden Erwägung aus, daß mit der Wendung eine wie auch immer geartete und begrifflich nicht gebundene "Beweisregel" im weitesten (untechnischen) Sinne geschaffen werden soll. Dann ist unter "Beweisregel" eben nur jene Norm zu verstehen, die die Beweiserhebung beeinflusst.

Eine solche "Erkenntnis" bringt aber nicht weiter. Sie macht nur verständlich, wie sich diese Beweisregel auswirkt, wie sie gehandhabt werden soll, auf welcher Grundlage sie basiert, ja sie sagt nicht einmal etwas darüber aus, wer sich auf sie berufen kann und zu wessen Lasten sie in das Gesetz aufgenommen worden ist. Stimmen, die von einer Beweisregel sprechen, meinen also schon das Richtige; sie bleiben jedoch an der Oberfläche und verschaffen mit dem ungenauen Begriff keine echte Hilfe für die praktische Anwendung des Gesetzes ²⁾.

Es ist oben ³⁾ der Grundsatz festgestellt worden, daß eine von der üblichen Beweiserhebung im Strafverfahren abweichende Regelung keinesfalls zugunsten des Angeklagten ausfallen kann. Dann aber könnte es sich, wenn überhaupt eine Beweisregel vorliegen sollte, nur um eine "Beweislastregel" zum

1) So verfährt Bockelmann a.a.O.

2) Insoweit sind auch die Ergebnisse der Wortinterpretation nicht geeignet, einen eindeutigen Schluß auf die dogmatische Einordnung zu ermöglichen.

3) Vgl. oben S. 25 f.

Nachteil des Angeklagten handeln. Diesen Begriff werde ich im Folgenden auch verwenden und ihn mit dem Terminus "Beweisregel", wie er andernorts gebraucht wird, gleichsetzen. Dadurch wird der Begriff Beweisregel nicht verfälscht, sondern im Gegenteil nach einer Richtung, die von vornherein zu beachten ist (nämlich die nachteilige Wirkung der Wendung für den Angeklagten), geklärt. Eine solche Beweislastregel kann in Bezug auf die kriminelle Zweckbestimmung einmal (nur) im objektiven Tatbestand (Diebeswerkzeug) ¹⁾ und zum anderen sowohl für den objektiven als auch für den subjektiven Tatbestand vorliegen ²⁾

2) Beweisregel für den objektiven Tatbestand

a) Die Unvereinbarkeit mit dem Zweck der Wendung

Die Ansicht, die Wendung enthalte eine Beweislastregel für den objektiven Tatbestand, ist in sich widerspruchsvoll und für eine sachgerechte Lösung unbrauchbar. Dies wird deutlich, wenn man von dem Normalfall des § 245 a Absatz 1 StGB ausgeht, bei dem der Täter selbst die in seinem Besitz befindlichen Werkzeuge kriminell zweckbestimmt hat. Dann nämlich kann die "subjektive kriminelle Zweckbestimmung nicht Teil des objektiven Tatbestandsmerkmals "Diebeswerkzeug", sondern nur subjektives Unrechtselement sein ³⁾.

-
- 1) Vgl. oben S. 39; so Kohlrausch-Lange, § 245 a, Anm. V, S. 54o (stark abgekürzter Wortlaut, der kaum noch verständlich ist); Schäfer bei Frank, S. 75 ff 76 (unter II 5); Ollmert, S. 17; Rau, S. 12 f.
 - 2) Vgl. oben S. 39; so sprechen Rietzsch in DJ 1933, S. 741 ff. 745, und die amtliche Begründung (in DRAnzPreußStAnz vom 27. November 1933, Nr. 277, S. 2) von einem "Entlastungsbeweis des Angeklagten"; Klee (in JW 1934, S. 2919 Nr. 23) führt aus, "der Beschuldigte müsse seinerseits Umstände dartun, aus denen sich (die Nichtverwendungsbestimmung) ergebe"; Maurach, B.T., § 26 VII 2, S. 222, hingegen nimmt an, daß den Angeklagten ein "materieller Gegenbeweis" treffe; Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1747, Fußnote 27 a.E., läßt die Frage der materiellen Beweislast dahingestellt.
 - 3) Vgl. oben S. 2o.

Als solches würde sie von der Beweisregel überhaupt nicht berührt werden, weil diese nur für den objektiven Tatbestand gelten soll. Gerade mit Hilfe der Beweisregel soll aber, wie auch diese Ansicht anerkennt, der Nachweis der kriminellen Zweckbestimmung erleichtert werden. Mit einer Beweisregel könnte dieses Ziel aber nicht erreicht werden, weil sie sich auf den Gegenstand des Nachweises überhaupt nicht bezieht.

Ähnlich verhält es sich bei dem zweiten Anwendungsfall des § 245 a Absatz 1 StGB, in dem ein anderer als der Täter dem Werkzeug die kriminelle Zweckbestimmung beigelegt hat. Hier ist die Zweckbestimmung Teil des objektiven Tatbestandsmerkmals "Diebeswerkzeuge" ¹⁾. Die Beweisregel für den objektiven Tatbestand ist in diesem Ausnahmefalle - im Verhältnis zu dem vorgetragenen Regelfall - wenigstens sinnvoll und widerspruchsfrei. Indessen wäre auch hier nicht viel mit ihr erreicht: nur das objektive Tatbestandsmerkmal "Diebeswerkzeuge" wäre mit der Beweiserleichterung der Wendung festzustellen; jedoch würde keine Beweiserleichterung dort geschaffen werden, wo sie nach den bei § 245 a Absatz 1 StGB auftretenden Beweisschwierigkeiten nur erforderlich sein kann: für die Kenntnis des Täters von der Verwendungsbestimmung der Werkzeuge zu strafbaren Handlungen. Dabei kommt nicht einmal so sehr der historische Wille des Gesetzgebers in Betracht ²⁾, sondern vielmehr die sich aus der Natur dieser Vorschrift als Vorbereitungs-handlung ergebende Funktion des Sofern-Satzes. Dessen Aufgabe kann eben nur darin bestehen, schon zu einem Zeitpunkt, in dem der Täter noch keine Rechtsgutverletzung, noch nicht einmal eine nach außen hin erkennbare unmittelbare Rechtsgutgefährdung begangen hat, seine verbrecherische Zielsetzung feststellbar werden zu lassen. Diesem

1) Vgl. oben S. 20

2) Dieser steht ohnehin in einem unüberwindbaren Gegensatz zu der Meinung, die Wendung enthalte eine Beweisregel lediglich für den äußeren Tatbestand, vgl. amtl. Begründung in DRAnzPreußStAnz Nr. 277 vom 27. 11. 1933.

allgemeinen Gedanken, der dem § 245 a Absatz 1 StGB inne-
wohnt, kann eine Beweisregel für den äußeren Tatbestand
nicht gerecht werden. Diese Gründe mögen es auch gewesen
sein, die Eb. Schmidt ¹⁾ zu der Bemerkung veranlaßt ha-
ben, daß die Ansicht von der Beweisregel für den objekti-
ven Tatbestand "zu einer unmöglichen Unstimmigkeit führen
muß" ²⁾.

b) die "Fehlentwicklung" dieser Lehre

Diese Argumente gegen die Ansicht von der Beweisregel für
den äußeren Tatbestand werden noch dadurch unterstützt,
ja zur Ablehnung der Ansicht geradezu entbehrlich, wenn man
folgenden mehr technischen als sachlichen Umstand berück-
sichtigt. Kohlrausch hat die Lehre von der "Beweisregel für
den äußeren Tatbestand" begründet ³⁾, und auch heute noch
gelten Kohlrausch-Lange ⁴⁾ als ihre Repräsentanten ⁵⁾.
Kohlrausch hat in der 31. Auflage seines Werkes ⁶⁾, in
der er zum erstenmal die Vorschrift des § 245 a StGB kom-
mentiert hat, abschließend ausgeführt: eine andere Frage
sei es, ob für die Kenntnis des Täters von der kriminellen
Zweckbestimmung des Werkzeugs regelmäßig eine - wenn auch
widerlegbare - Vermutung spreche. Diese Frage, auf die es
entscheidend ankommt, betreffe jedoch "nicht die straf-
rechtliche Frage der Schuldkonstruktion, sondern die pro-
zessuale Frage der Beweiswürdigung und Schuldfeststel-
lung" ⁷⁾. Daraus folgt, daß Kohlrausch nur die "Schuld-
konstruktion" behandeln wollte, nicht aber auch die "Schuld-
feststellung", die in diesem Zusammenhang allein unter-
sucht werden soll.

1) Vgl. auch die kritischen Betrachtungen von Schönke-Schrö-
der, § 245 a, Randnote 11, S. 1063.

2) So Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), 1. Aufl., Randnote 307,
Fußnote 42 b, vgl. auch 2. Aufl., Randnote 372, Fußnote
76 b, S. 208.

3) Vgl. Kohlrausch, 31. Aufl. (1934), Anm. 1 u. 3, zitiert
nach Mezger in JW 1935, S. 1097 f. 1098, da diese Auflage
nicht aufgefunden werden konnte.

4) Kohlrausch-Lange, § 245 a, Anm. V, S. 540.

5) Alle oben S. 57 in Fußn. 1 genannten Autoren berufen sich
auf Kohlrausch, ohne eigene Begründungen vorzutragen.

6) Kohlrausch, 31. Aufl., Berlin 1934.

7) Kohlrausch, 31. Aufl., Berlin 1934, § 245 a, Anm. 3 a.E.

Damit aber läßt Kohlrausch das hier zu behandelnde Problem offen. Dies wurde offensichtlich von den Autoren, die sich auf Kohlrausch - ohne eigene sachliche Begründung - berufen, übersehen ¹⁾. In gleicher Weise scheint mir dieser klärende Zusatz auch in der ersten nach dem Jahre 1945 nach dem Tode von Kohlrausch von Lange bearbeiteten Auflage ²⁾ unberücksichtigt geblieben zu sein ³⁾. Dafür spricht, daß die - dazu noch stark gekürzten Anmerkungen - "kaum verstehbar" sind ⁴⁾.

3) Beweisregel für den subjektiven Tatbestand

Nachdem nun dargelegt worden ist, daß auch die Lehre von der "Beweisregel für den äußeren Tatbestand" nicht überzeugen kann, in ihrem für die weitere Behandlung in Schrifttum und Rechtsprechung maßgeblichem Ursprung bei Kohlrausch als solche nicht einmal in dieser Weise vertreten wurde, verbleibt noch die Möglichkeit, die Wendung als eine Beweislastregel für den objektiven oder äußeren und subjektiven oder inneren Tatbestand zu deuten.

a) Wirkungsweise

Die "Wirkungsweise" dieser Ansicht soll eingangs kurz dargelegt werden. Für den Fall, daß der Täter selbst die Werkzeuge zu kriminellen Zwecken bestimmt hat, soll für diese

-
- 1) Vgl. Schäfer bei Frank, S. 75 ff. 76 (unter II 5), der diese Stelle bei Kohlrausch unberücksichtigt läßt.
 - 2) Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 39. und 40. Aufl., von Kohlrausch und Lange, Berlin 1950.
 - 3) Vgl. Kohlrausch-Lange (1950), § 245 a Anm. V, S. 339; die während des Krieges herausgegebenen Auflagen (32. bis 38., diese im Jahre 1944) konnten nicht eingesehen werden; somit konnte auch nicht festgestellt werden, ob und gegebenenfalls in welcher Auflage die in Frage stehende Bemerkung Kohlrauschs (absichtlich oder unabsichtlich) weggelassen worden ist.
 - 4) So mit Recht Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Note 372, Fußnote 76 b, S. 208.

seine Willensrichtung ("subjektives Unrechtselement") eine "Beweislastregel" zu seinen Ungunsten aufgestellt sein. Wollte ein anderer die Werkzeuge, die der Täter in Besitz hat, zu strafbaren Handlungen gebrauchen, so soll der Teil des objektiven Tatbestandsmerkmals Diebeswerkzeuge, der die kriminelle Zweckbestimmung betrifft (Diebeswerkzeug), durch die Beweislastregel als vorliegend erachtet werden; zugleich soll die Kenntnis des Täters hiervon widerlegbar "ersetzt" werden. Die Wendung erstreckt sich in dem letztgenannten Fall also sowohl auf das objektive Tatbestandsmerkmal Diebeswerkzeug als auch auf den auf dieses gerichteten Vorsatz des Täters. Diese schematisierende Erklärung der Ansicht wird von keinem ihrer Vertreter gegeben. Viel weniger noch wird aufgezeigt, auf welche Weise die Feststellungen zu treffen sind, welche "Umstände" also feststehen müssen, um den Entlastungsbeweis des Täters als geführt zu betrachten.

b) Allgemeiner gesetzestechnischer Sprachgebrauch

Für das Ergebnis dieser Ansicht kann neben der Wortinterpretation ¹⁾ auch in gewissem Sinne durch einen Blick auf rechtsähnliche Erscheinungen ²⁾ ein Anhaltspunkt im juristischen Sprachgebrauch gesehen werden. Denn die Frage der Beweislast ist in den einzelnen Gesetzen - wenn nicht durch ausdrückliche Vorschriften, so doch - durch die Art der Satzbildung geregelt, "indem gewisse positive und negative Tatsachen entweder als Voraussetzungen einer Regel bezeichnet ³⁾ ... oder der Regel als Ausnahme entgegengestellt werden" ⁴⁾ ⁵⁾. Auf die Vorschrift des § 245 a StGB ange-

1) Vgl. oben S. 27.

2) Oben S. 7 ist dargelegt worden, daß es im Strafgesetzbuch eine der Wortfassung des § 245 a StGB entsprechende Wendung nicht gibt, und aus diesem Grunde - streng genommen - eine Auslegung nach dem juristischen Sprachgebrauch nicht erfolgen könne. Hier werden nunmehr ähnlich gefaßte Wendungen aus anderen Gesetzesmaterien herangezogen, um ein bereits aufgefundenes Ergebnis auf seine Richtigkeit hin zu untersuchen.

3) Dann hat derjenige zu beweisen, der sich auf sie beruft.

4) Dann hat sie zu beweisen, wer die Ausnahme behauptet.

5) Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey, § 56 I 3, S. 332 f. 332.

wandt, bedeutet dies, daß das Gericht oder die Anklagebehörde nur den Besitz objektiv geeigneter Werkzeuge (als die Regel), der Angeklagte aber die Nichtverwendungsbestimmung (als die Ausnahme) behaupten und beweisen müsse. Diese "stillschweigende" ¹⁾ Beweislastregelung wird regelmäßig ²⁾ durch einen satzverneinten Bedingungssatz ausgedrückt ³⁾, wie zahlreiche Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches beweisen ³⁾

c) Die Beweislast im Strafprozeß

Der allgemeine juristische Sprachgebrauch spricht für eine Beweislastregel. Ein besonderer strafrechtlicher ⁴⁾ Sprachgebrauch kann nicht berücksichtigt werden, da - wie oben schon nachgewiesen worden ist ⁵⁾ - das Strafgesetzbuch mit

1) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

2) "Wenn nicht", "sofern nicht", "es sei denn, daß" etc.; die Negation steht dabei entweder hinter der bedingenden Konjunktion oder von dieser nur durch Wörtchen wie "es", "er", "sich" usw. getrennt, in allen den Fällen also, in denen im Lateinischen der Gebrauch von "nisi" (= satzverneinend) zu "si non" (wortverneinend) vorgeschrieben ist (vgl. Lehmann, § 14, III 4 c β), S. 95); so auch in § 245 a StGB: " ... sofern sich nicht ...", vgl. hierzu Rosenberg, S. 124 ff.

3) a) "sofern nicht": §§ 103, 104 Ziffer 2, 273 Absatz 1, 345, 370, 452, 477 Absatz 1 Satz 1, 608, 640 Absatz 1, 867 Satz 1, 897, 919 Absatz 3, 1160 Absatz 1, 1648 BGB;

b) "soweit nicht": §§ 181, 426 Absatz 1, Satz 1, 430, 903, 2022 Absatz 1 Satz 1, 2050 Absatz 1, 2063 Absatz 1 BGB;

c) "es sei denn, daß": § 181 BGB;

d) "wenn nicht": §§ 24, 139, 264 Absatz 2, 703 Satz 1, 277 Absatz 1 Satz 1, 1133 Satz 2 BGB.

4) Vgl. Bartholomeyczik, S. 19, der darauf hinweist, daß der Gesetzeswortlaut nur unter besonderer Berücksichtigung des spezifischen Gesetzes (BGB, StGB oder eines Gesetzes aus dem öffentlich-rechtlichen Rechtskreis) ausgelegt werden darf; so auch RGZ 153, S. 1 ff. 20.

5) Vgl. oben S. 38 ff., 41 ff.

(negierten) Bedingungssätzen einen einheitlichen Zweck nicht verfolgt. Jedoch ist zu bemerken, daß die Vorschrift des § 245 a StGB erst in das Strafrecht eingefügt worden ist, nachdem namentlich die sog. "stillschweigenden" Beweislastnormen ¹⁾ des Bürgerlichen Gesetzbuches anerkannt worden waren. Der Einwand, von der Gesetzessprache des Bürgerlichen Gesetzbuches könnten keine Rückschlüsse gezogen werden auf die Auslegung der Vorschriften des Strafgesetzbuches, da dieses jünger sei als jenes, kann hier nicht eingreifen. Wenn man aber überhaupt den eine bestimmte Verfahrenssituation (hier: die Beweislast) betreffenden Sprachgebrauch eines Gesetzes (des Bürgerlichen Gesetzbuches) auf ein anderes (das Strafgesetzbuch) übertragen kann, so setzt dies voraus, daß diese Erscheinung (nämlich: die Beweislast) auch in dem anderen Gesetz (dem Strafgesetzbuch) vorkommt. Damit stößt man an dieser Stelle auf die Frage, ob im Strafrecht oder Strafverfahrensrecht ²⁾ überhaupt von "Beweislast" gesprochen werden kann.

aa) Begriff der Beweislast

Hierzu ist es zuvor notwendig, den Begriff "Beweislast" zu klären. Hierunter versteht man nach einer weit verbreiteten Ansicht die für einen Verfahrensbeteiligten praktische Notwendigkeit, zur Verhinderung einer unerwünschten Entscheidung ein tatsächliches Verhältnis oder eine Tatsache zu beweisen ³⁾. Es ist "die einer Partei (als besondere Form von "Verfahrensbeteiligten") obliegende Last, bei Meidung des Prozeßverlustes durch eigene Tätigkeit den Beweis der streitigen Tatsache zu führen" ⁴⁾. Ich will insoweit von "subjektiver Beweisfüh-

1) Das sind solche Normen, in denen das Gesetz durch seine Wortfassung gewisse Tatsachen als entkräftende, vom Anspruchsgegner zu beweisende aus dem Regelatbestand auszu-sondern, als Ausnahmen zu kennzeichnen sucht.

2) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Beweislastnormen dem materiellen oder prozessualen Recht angehören (vgl. hierzu Rosenberg, S. 77 ff.), da sich hier das Bürgerliche Gesetzbuch und die Zivilprozeßordnung einerseits und das Strafgesetzbuch und die Strafprozeßordnung andererseits gegenüber- stehen. Es werden deshalb die verallgemeinerten Begriffe "Zivilprozeß" und "Strafverfahren" einander gegenüberge- stellt werden.

3) Vgl. Schönke-Schröder-Niese, § 58 V, S. 262; auch Rosenberg, § 3 III 1, S. 19 in Fußnote 6.

4) So Rosenberg, § 3 II, S. 16.

rungslast" sprechen. Auf das Strafverfahren angewandt, würde dies bedeuten, daß der Angeklagte "die Last trägt", für alle ihm günstigen Tatsachen Beweis anzutreten. Seine Initiative müßte es denn sein, den von der Staatsanwaltschaft gegen ihn vorgebrachten "Tatverdacht" zu entkräften.

bb) Subjektive Beweisführungslast

Der nach § 245 a Absatz 1 StGB Angeklagte hätte demnach zu behaupten und zu beweisen, daß weder er noch ein anderer die in seinem Besitz befindlichen Werkzeuge zu kriminellen Zwecken habe verwenden wollen. Diese subjektive Beweisführungslast ist aber nur in einem Verfahren denkbar, in dem die Verhandlungsmaxime herrscht¹⁾. Der im Strafverfahren herrschende Untersuchungsgrundsatz (Instruktionsmaxime)²⁾ verbietet es, von einer subjektiven Beweisführungslast des Angeklagten zu sprechen. Denn in keinem Abschnitt des Verfahrens hat der Angeklagte ihm günstige und - noch weniger - ihm ungünstige Tatsachen vorzutragen (zu behaupten) oder gar zu beweisen (oder nachzuweisen)³⁾. So hat im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft, in der gerichtlichen Vorun-

1) So Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 366, S. 204, und Randnote 367, S. 204, der mit ausführlicher und sehr überzeugender Begründung mit selbständigen und unselbständigen Gegenargumenten d. unricht. Ansicht von Rosenfeld (S. 14) entgegentritt, den Ankläger treffe eine subjektive Beweisführungslast hinsichtlich aller in der öffentlichen Klage enthaltenen Positiva und Negativa, von denen die Verurteilung abhängt. Vgl. hierzu auch Kern, § 15 D 2 a, S. 60 ff.

2) Löwe-Rosenberg-Dünnebieber, Band I., Einleitung, § 12, S. 51 f., § 12 I, S. 52 ff.

3) Dies zeigt anschaulich das Wörtchen "ob" in §§ 136 a, 257 StPO; denn es läßt erkennen, daß sich der Angeklagte bei der Beweiserhebung im Strafverfahren vollkommen passiv verhalten kann, ohne daß er deshalb nachteilige Folgen zu erwarten hat. Von einer "Behauptungs-" oder gar "Beweislast" kann dann aber keine Rede sein.

tersuchung allein der Untersuchungsrichter und in der Hauptverhandlung allein das erkennende Gericht ex officio die dem Angeklagten ungünstigen und vor allem auch günstigen Tatsachen zu erforschen ¹⁾. Die ganz herrschende Meinung geht auch dahin, daß der nach § 245 a Absatz 1 StGB Angeklagte keine Beweisführungslast trage, daß Gericht vielmehr alle sonstigen Voraussetzungen der Verurteilung prüfen muß ²⁾.

cc) Objektive Beweislast (Feststellungslast)

Dabei drängt sich aber sofort die Frage auf: wenn keiner der an dem Strafverfahren "Beteiligten" - Gericht, Ankläger und Angeklagter - eine subjektive Beweisführungslast trägt, zu wessen Nachteil soll dann die Nichterweislichkeit einer Tatsache gehen? Wie soll also entschieden werden, wenn in der Hauptverhandlung nicht geklärt werden kann, ob der nach § 245 a Absatz 1 StGB Angeklagte das Werkzeug kriminell zweckbestimmte oder von der Verwendungsabsicht eines anderen wußte? Denn die subjektive Beweisführungslast wird erst dann "ausschlaggebend" ³⁾ - und darin liegt letztlich ihre Bedeutung im Verfahren mit

-
- 1) Das ergibt sich unzweideutig aus den §§ 155 Absatz 2, 244 Absatz 2 StPO; hierzu Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnoten 364 f., S. 202 f., mit weiteren zahlreichen Literaturhinweisen in Fußnote 62; jedoch darf dies nicht zu der Ansicht verleiten, "daß die ganze Beweislast auf dem Gericht ruhe" (so Bindung (Grundriß), § 78 II, S. 148).
- 2) Vgl. Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnoten 363 ff., S. 201 ff.; Rosenberg, § 3 IV 1, S. 24: "...während von der subjektiven Beweislast der Parteien nur in einem auf die Verhandlungsmaxime aufgebauten Verfahren die Rede sein kann"; Lent-Jauernig § 50 II, S. 150; Lüdemann, S. 44; Schlüter, S. 48 f.; Grüninger, S. 37 f.; RGSt 69, S. 80 ff. 81; LK-Jagusch, § 245 a, Anm. 2 c), S. 355. Die Ansicht von Rietzsch in DJ 1933, S. 741 ff. 745, und die der amtlichen Begründung, DRanzPreußStAnz vom 27. November 1933, Nr. 277, S. 2, die Wendung "sofern ... bestimmt ist"bürde dem Angeklagten einen "Entlastungsbeweis" auf, wird heute nicht mehr vertreten. Ebenso kann man nicht der Ansicht von Klee (JW 1934, S. 2719 Nr. 23) folgen, wenn er ausführt: "Mag man im Strafprozeß auch nicht von einer Beweislast sprechen können, so läuft doch diese Regelung praktisch darauf hinaus, daß der Beschuldigte seinerseits Umstände dartun muß, aus denen sich die Nichtverwendungsbestimmung der Werkzeuge ergibt". Denn der Angeklagte "muß" eben nichts "dartun", wie nachgewiesen worden ist.
- 3) Vgl. Lent-Jauernig, § 50 III 3, S. 144.

Verhandlungsmaxime -, wenn die Beweisaufnahme nicht zu einem klaren Ergebnis geführt hat. Diese Auswirkung der subjektiven Beweisführungslast wird von einer weitverbreiteten Meinung als "objektive" oder "materielle Beweislast" oder auch "Feststellungslast" bezeichnet und von der Erscheinung der subjektiven Beweisführungslast als selbständiger Begriff abgegrenzt ¹⁾. Innerhalb dieser Meinung herrscht nur über die Terminologie Streit, der aber hier unberücksichtigt bleiben kann, weil er sachlich als unwichtig zu bezeichnen ist.

Im Folgenden wird neben und in Gegenüberstellung zu dem Begriff der "subjektiven Beweisführungslast" von der "objektiven Beweislast" gesprochen werden. Diese "fragt also nur danach, welche Tatsachen zur Erreichung des Prozeßziels feststehen müssen und bestimmt die Folgen der Ungewißheit eines Tatumstandes, gleichgültig, ob sich die eine oder die andere oder beide Parteien oder das Gericht (oder der Ankläger) um die Feststellung des Tatumstandes bemüht haben" ²⁾. Ob man eine solche Unterteilung der Beweislast im Zivilprozeß, in dem sie entwickelt wurde, vornehmen kann, sei hier dahingestellt. Jedenfalls aber muß man den Begriff der objektiven Beweislast für das Strafverfahren mangels einer subjektiven Beweisführungslast als Beweislast schlechthin anerkennen.

1) Vgl. Rosenberg, S. 18 ff., 24 ff.

2) Rosenberg, § 3 IV 1, S. 24; die Existenz der objektiven Beweislast wird abgelehnt von Hedemann, S. 185; Kuhn, S. 25; Schmidt (Richard) in ZZP 32, S. 441 ff. 447; Wach in ZZP 29, S. 359 ff. 362 ff. 364; vgl. auch die bei Rosenberg, § 3 II, S. 17 in Fußnote 1 angegebene Literatur. Dagegen erkennt die heute herrschende Meinung den Begriff der objektiven Beweislast an; vgl. Schönke-Schröder-Niese, § 58 I, S. 260; Lent-Jauernig, § 50, S. 150; ferner die bei Rosenberg, § 3 II, S. 17 in Fußnote 17 angegebene Literatur.

Gerade an diesem Punkt setzt die Kritik ein. Eine objektive Beweislast ohne subjektive Beziehung sei "undenkbar" ¹⁾, es sei "widersinnig", von einer 'Last' zu sprechen, ohne einen 'Träger' (dieser Last) anzuerkennen ²⁾. Solche "bildhaften" Erwägungen bleiben an der Oberfläche.

aaa) Funktion der objektiven Beweislast im Strafprozeß

Das Hauptkriterium der objektiven Beweislast und deren entscheidende Funktion im Prozeß - nur hier wirkt sie sich aus - besteht gerade darin, daß die Nichterweislichkeit einer relevanten Tatsache zuungunsten des "beweisbelasteten" Prozeßbeteiligten geht. Mag dieser im Zivilprozeß immer subjektiv beweisführungsbelastet sein ³⁾, im Strafprozeß kann er es jedenfalls nicht sein. Insoweit - also was die Beweislast i.S. von subjektiver Beweisführungslast anbelangt - kann man Wach und Bierling ⁴⁾ zustimmen. Sie berücksichtigen aber nicht, daß der Strafprozeß eines mit dem Zivilprozeß - unabhängig von den verschiedenen Prozeßmaximen - gemeinsam hat: hier wie dort werden - einmal durch das Vorbringen der Parteien (im Zivilprozeß) und zum anderen durch den in der Anklageschrift geäußerten Verdacht (vgl. § 200 Satz 1 StPO), der bei der Eröffnung des Verfahrens nochmals überprüft und in dem Beschluß über die Zulassung der Anklage (vgl. § 203 StPO) manifestiert wird - in das Prozeßgeschehen Behauptungen eingeführt, und es muß bei der Mangelhaftigkeit des menschlichen Erkenntnisvermögens für alle zurückliegenden Vorgänge damit gerechnet werden, daß die diesen Behauptungen zu Grunde liegenden Tatsachen nicht erwiesen werden können. In jeder der beiden Prozeßarten muß es, weil sowohl der Strafprozeß als auch der Zivilprozeß nicht mit einem

1) Wach in ZZP 29, S. 359 ff. 362.

2) Bierling, S. 43, Fußnote 14; auch Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 366, S. 204.

3) Das kann hier dahingestellt bleiben.

4) Wach und Bierling, a.a.O.

"non liquet" enden darf ¹⁾, demzufolge auch irgendwelche "Regeln" für den Fall der Nichterweislichkeit einer Tatsache geben. Diese Regeln ergeben sich also aus dem Prozeßgeschehen, aus dem faktischen Prozeßverlauf. Sie setzen keineswegs voraus, daß auch ein Beweisführungsbelasteter vorhanden ist. Und darum ist es richtig, die Beweislast in subjektive und objektive Elemente aufzuteilen; zumindest aber kann es nicht falsch sein, von der - unbestritten vorliegenden - subjektiven Beweisführungslast die objektive Beweislast abzutrennen, da diese Unterteilung auch begrifflich den "Aufbau" der Beweislast verständlich macht, ohne daß der Begriff "Beweislast" in zwei Teile gerissen und in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt wird. Wenn man auch im Strafprozeß von einem "Beweisführungsbelasteten" nicht sprechen kann, so muß diese Regelung genau die gleiche Situation betreffen wie im Zivilprozeß, nämlich die Nichterweislichkeit von Tatsachen. Dann aber müssen die Regeln - sowohl im Zivil- wie auch im Strafprozeß - ihrer Natur- und Erscheinungsform nach gleich sein, weil sie gleiche Prozeßsituationen betreffen. Ja man muß gerade deshalb, weil im Strafverfahren nicht wie im Zivilprozeß ein subjektiv Beweisführungsbelasteter vorhanden ist, der in jedem Fall auch die Feststellungslast trägt, erst recht die Notwendigkeit der materiellen Beweislast anerkennen. Ansonsten könnte man überhaupt nicht feststellen, wem die Ungewißheit einer erheblichen Tatsache zum Nachteil gereichen muß ²⁾.

bbb) In dubio pro reo

Ferner wird gegen die Ansicht, auch im Strafverfahren könne man von einer "objektiven Beweislast" sprechen, angeführt, daß es im Strafverfahrensrecht wegen des übergeordneten Verfahrensgrundsatzes "in dubio pro reo"³⁾

1) Die das Strafverfahren beendende Entscheidung muß stets - von der Einstellung des Verfahrens abgesehen - auf Verurteilung oder Freispruch lauten, § 260 Absatz 1 Satz 2 StPO.

2) Vgl. Hoffmann in NJW 1966, S. 1200.

3) Vgl. oben S. 22.

Beweisprobleme für den Angeklagten überhaupt nicht geben könne ¹⁾; dieser Satz nämlich verhindere eine ungünstige Beweislage für den Angeklagten, wenn die Forschungstätigkeit des Gerichtes erschöpft sei und Tatsachen unerwiesen geblieben seien.

Dieses Argument trifft nicht zu. Der Grundsatz "in dubio pro reo" kann nämlich bei der Auslegung des Gesetzes nicht herangezogen werden ²⁾. Und gerade das würde man tun, wenn man unter Berufung auf ihn jegliche Verschlechterung im Strafverfahren, die nun gegen den Angeklagten eintreten kann, von vornherein ablehnen würde. Insbesondere aber ist auch zu berücksichtigen, daß eine solche Betrachtungsweise den Weg für weitere Untersuchungen versperrte. Geht man nämlich davon aus, es könne wegen des Satzes "in dubio pro reo" keine Beweislast geben, und man brauche eine Vorschrift erst gar nicht daraufhin zu untersuchen, so könnte man nie feststellen, ob der Grundsatz "in dubio pro reo" durchbrochen ist. Man würde sich die Argumentation Palmströms, "daß nicht sein kann, was nicht sein darf", zu eigen machen. Ganz im Gegenteil ist die Existenz des Verfahrensgrundsatzes "in dubio pro reo" ein schlagender Beweis dafür, daß es gerade beim Strafprozeß der Regeln der materiellen Beweislast bedarf. Denn was stellt dieser Satz anderes dar als eine solche Regel? Man mag seine Geltung begründen, wie man will, seine Wirkungsweise jedenfalls ist eindeutig: kann der Richter nach der Ausschöpfung aller ihm im Rahmen der freien Beweiswürdigung zur Verfügung stehenden Beweismittel sich nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugen, so muß er diesen freisprechen. Der von dem Anklagevertreter geäußerte, durch den Erlaß des Beschlusses über die Zulassung der Anklage verstärkte Tatverdacht wird für unbegründet erklärt, ohne daß den Ankläger eine subjektive Beweisführungslast trifft. Er "unterliegt" deshalb auch nicht wie ein

1) So z.B. Schlüter, S. 48; Gerland, § 62 I 2 b), S. 188 f. 189.

2) So RGSt 62, S. 369 ff. 372; zustimmend LK-Jagusch, § 2, Anm. I 3 b gg.

Kläger im Zivilprozeß, dessen Klage abgewiesen wird. Nein, das Gericht muß sich entscheiden, um den durch die Eröffnung des Verfahrens in Gang gesetzten Prozeß beenden zu können, ohne ein "non liquet" aussprechen zu dürfen. Und in gleicher Weise - sei es auch nur wegen der grundsätzlichen Geltung des "in dubio pro reo" - muß es einen Satz geben können, der dem Angeklagten die Feststellungslast aufbürdet; es ist dem Gesetzgeber aus kriminalpolitischen Gründen - seien sie auch rechtsstaatlich nicht zu rechtfertigen - an sich möglich, diesen Satz ("in dubio pro reo") außer Kraft zu setzen und ein "in dubio contra reum" auszusprechen, je nachdem also, zu wessen Nachteil das Verfahren bei der Nichterweislichkeit von erheblichen Deliktsvoraussetzungen ausgehen soll.

ccc) Beweislast und Beweiswürdigung

Schließlich kann keine Rede davon sein, daß Beweislastnormen in einem von dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung beherrschten Verfahren nicht existieren können, "die Bedeutung der Beweislast gleich Null" ¹⁾ oder "eine juristische Antiquität" ²⁾ sei. Die freie Beweiswürdigung des Richters "ersetzt" nämlich nicht deshalb die Beweislast, weil der Richter ohnehin nach seiner Überzeugung entscheidet. Vielmehr sind Beweislast und freie Beweiswürdigung Gebiete, die deutlich voneinander geschieden sind ³⁾. Die Beweislast setzt immer erst dann ein, wenn der Richter mit der freien Beweiswürdigung die wahre Sachlage nicht zu seiner Überzeugung aufklären kann ⁴⁾; sie schreibt sodann dem

-
- 1) Holtzendorff-Kohler, Bd. III, § 55, S. 314 ff. 314.
 - 2) So Holtzendorff-Kohler, a.a.O., § 55, S. 315 ff.; zusammenfassend Hölder, AcP 73, S. 11 ff. 156.
 - 3) Rosenberg, § 6 II 1, S. 62.
 - 4) Alle Beweismittel versagen, Indizien sind nicht vorhanden oder überführen den Angeklagten nicht; damit sind alle die Verfahren gemeint, die nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" mit einem Freispruch der Angeklagten abschließen. Niemand wird leugnen, daß diese Fälle in der Praxis der Gerichte häufig vorkommen.

Richter bindend ¹⁾ vor, wem die Ungewißheit oder Nichterweislichkeit einer beweiserheblichen Tatsache zur Last zu legen ist.

ddd) Terminologie

Steht hiernach fest, daß es auch im Strafverfahren materielle Beweislastregeln gibt, so könnte man sich allenfalls noch an der Bezeichnung dieser "prozessualen Situation" als "Beweislast" stoßen, weil man leicht geneigt ist, mit diesem Begriff die "subjektive Beweisführungslast" zu verbinden, und weil man auch in dieser Weise verstanden wird. Zugegebenermaßen sind dies nur terminologische Fragen, die sachlich unbedeutend sind. Indessen führen sie gerade wegen ihrer irreführenden Bezeichnung oft zu unnötigen Auseinandersetzungen. Deshalb will ich mich auch um einen anderen Begriff bemühen. Der Terminus "Feststellungslast" ²⁾ scheint mir auch wenig glücklich, weil wiederum von "Last" gesprochen wird. Am anschaulichsten wird der Begriff "faktisches Verfahrensrisiko" dieser Prozeßsituation gerecht.

4) Zusammenfassung und Ergebnis

Mit der Einführung der "objektiven Beweislast" ins Strafverfahren wird diesem nicht, wie Eb. Schmidt meint ³⁾, "Wesensfremdes stillwidrig aufgenötigt"; vielmehr zeigt die Struktur des Strafverfahrens, daß Normen für den Fall der Ungewißheit einer für die Entscheidung erheblichen Tatsache gerade unter der Herrschaft der Instruktionsmaxime nicht entbehrt werden können. Die Belastung besteht darin, daß der Nachteil der Nichterweislichkeit einer Tatsache, wenn die richterlichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft sind, den Angeklagten treffen. Dieser Nachteil ist ein Beweisnachteil. Folglich ist es angebracht und zutreffend, auch im Strafprozeß von einer materiellen Beweislast zu spre-

1) Eine "freie Verteilung der Beweislast", die Eck (Bd. I, § 94, S. 34 ff. 35 f.) aus der freien Beweiswürdigung herleiten will, gibt es nicht.

2) Rosenberg, a.a.O.

3) Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 367, S. 204.

chen ¹⁾. Der Begriff Beweislast soll hier jedoch aus Gründen der Terminologie mit "faktisches Verfahrensrisiko" bezeichnet werden.

Kapitel 3: Die Wirkungsweise des faktischen Verfahrensrisikos

Die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß durch die Wendung "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" in § 245 a Absatz 1 StGB eine Regel des "faktischen Verfahrensrisikos" aufgestellt werden soll. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob damit schon die Problematik dieser Wendung erschöpfend geklärt ist: die "Nichterweislichkeit" ²⁾ des "rechtschaffenen" ³⁾ Gebrauchs der Werkzeuge soll zu Ungunsten des Angeklagten verwertet, dieser sodann verurteilt werden.

-
- 1) So Kern, Studienbuch, § 15 D 2 a, S. 60 f.; Schmidt (Richard) in ZZP 32, S. 441 ff. 446; mit überzeugender Begründung Leonhard, § 77 ff., S. 221 ff., und Glaser § 36 VIII 2, S. 364; Glaser zeigt, daß man von "faktischer Beweislast" (a.a.O., § 36 VIII 3, S. 365) sprechen kann, wenn sich der Richter irrt; insbesondere Rosenberg (§ 3 IV 4, S. 28 f.) hat mit seinen erschöpfenden Betrachtungen den Begriff der "objektiven Beweislast" überzeugend auf das Strafverfahren übertragen. Dagegen sprechen Gerland (§ 62 I 2 b, S. 188 ff.), Löwe-Rosenberg-Kohlhaas (§ 155 Anm. 6 a, S. 437), Kleinknecht-Müller-Reitberger (§ 226, Vorbem. 2 c, S. 604) über das Problem der "Beweislast" im Strafprozeß, ohne auf die materielle Beweislast einzugehen. Sie nehmen keinerlei Stellung hierzu. Schließlich lehnen Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnoten 366 ff., S. 204 ff., Peters (§ 38 I, S. 240) und Stein-Jonas (§ 282, IV 2) die Existenz einer "materiellen Beweislast" im Strafverfahren ab.
 - 2) "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt ...", vgl. oben S. 19.
 - 3) Der negative Gliedsatz "daß das Werkzeug nicht zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" ("Nichtverwendungsbestimmung") hat zur Folge, daß der redliche Gebrauch der Werkzeuge erwiesen sein muß, soll der Angeklagte nicht verurteilt werden, vgl. oben S. 19.

Aber gerade erst an dieser Stelle setzt letztlich die Problematik des "faktischen Verfahrensrisikos" wie auch aller anderen Versuche der Lehre und Rechtsprechung ein, die Wendung rechtsdogmatisch zu bestimmen. Bisher wurde nur gezeigt, wie die Wendung im Ergebnis wirken soll. Es erhebt sich aber die weitergehende - erst nach Auffindung dieses Ergebnisses in allen Punkten aufklärbare - Frage, ob die Wendung überhaupt geeignet ist, dieses Ergebnis herbeizuführen. Wie nämlich soll sie sich mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. § 261 StPO) "vertragen"? Kann sie dem Richter bindend vorschreiben, unter welchen "Umständen" er - ohne Rücksicht auf seine eigene Überzeugung - die Nichterweislichkeit feststellen und den Angeklagten verurteilen muß? Oder räumt sie dem Richter nur die Möglichkeit ein, seine Überzeugung auf die Wendung "abzuwälzen", jene durch diese "ersetzen" zu dürfen? Gegebenenfalls bleibt noch weiter zu forschen, welchen Weg der Richter beschreiten muß, um die Wendung richtig anzuwenden. In der anschaulichen Sprache des Alltags ausgedrückt, bleibt also noch darzulegen, ob und möglicherweise wie die Wendung "funktioniert".

A. Faktisches Verfahrensrisiko und Beweiswürdigung

I. Die richterlichen Feststellungen ohne Rücksicht auf die Wendung

Es ist bereits oben ¹⁾ dargelegt worden, daß die Worte "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt" der maßgebliche Teil der Wendung sind und daß mit ihrer Hilfe eine Beweiserleichterung für den Richter geschaffen werden soll.

Diese Erkenntnis darf aber nicht zu der Annahme verleiten, daß im Verfahren gegen den nach § 245 a Absatz 1 StGB Angeklagten von vorneherein und einzig und allein nur durch die dem Angeklagten "feindliche" Bedingungsfeststellung die kriminelle Zweckbestimmung erforscht und gegebenenfalls festgestellt werden kann.

Vielmehr ist zu beachten, daß die Formel dem "Beweisrecht" angehört, gleichviel, ob man eine subjektive oder nur objek-

1) Vgl. oben S. 19 ff.

tive Beweislast im Strafverfahren anerkennt. Die Regeln des Beweisrechts können aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Nachforschungen des Gerichts nicht zu eindeutigen Feststellungen in dieser Richtung geführt haben. Zu einem solchen Schluß kann der Richter erst kommen, wenn er - wie bereits oben mit Hilfe der überzeugenden Meinung von Rosenberg dargelegt worden ist ¹⁾ - "das Gebiet der freien Beweiswürdigung durchschritten" (Rosenberg) hat. Der Richter muß also versucht haben, sich von dem Tatgeschehen, losgelöst von allen Regeln des Beweisrechts, seine Überzeugung zu bilden. Ist der Richter danach (schon) von der Schuld oder Unschuld ²⁾ des Angeklagten überzeugt (§ 261 StPO), so kann eine Regel, die nur für den Fall gelten soll, daß für den Richter ein relevanter Tatumstand ungewiß geblieben ist, also keine Überzeugung ³⁾ des Richters in diesem Punkt vorliegt, naturgemäß nicht eingreifen. Man kann dies auch daraus ersehen, daß die Wendung nicht zu dem eigentlichen Tatbestand gehört. Sie enthält keine für die Verurteilung des Angeklagten maßgeblichen Tatumstände: sie muß also nicht in jedem Falle angewendet werden, wenn es um die Feststellung der zweifelhaft gebliebenen kriminellen Zweckbestimmung geht. Hieraus ergibt sich der erste Grundsatz, den man beachten muß, wenn man die Funktion der Formel richtig erfassen will:

Sie steht außerhalb der freien Beweiswürdigung und greift erst dann ein, wenn diese ohne eindeutige Stellungnahme des Richters hinsichtlich der Schuld oder Unschuld des Angeklagten abgeschlossen worden ist ⁴⁾. Daraus ergibt

-
- 1) Siehe oben S. 70.
 - 2) Unter "Schuld" oder "Unschuld" soll im Folgenden das Vorliegen oder Nichtvorliegen der kriminellen Zweckbestimmung, sei es durch den Angeklagten selbst, oder durch einen anderen mit Kenntnis des Angeklagten, verstanden werden.
 - 3) Welche Anforderungen an diese "Überzeugung des Richters" zu stellen sind, welchen Grad der Gewißheit der Richter also erreicht haben muß, um überzeugt zu sein, kann hier dahingestellt bleiben.
 - 4) Das Reichsgericht anerkennt diesen Grundsatz, wenn auch nicht bei § 245 a Absatz 1 StGB, so doch bei der ähnlich ausgelegten Vorschrift des § 259 StGB. In RGSt 55, S. 204 ff. 206 führt das Gericht, bevor es die Funktion der Worte "oder den Umständen nach annehmen muß" - nach der Ansicht des Reichsgerichts in dieser Entscheidung stellen sie eine "gesetzliche Beweisregel" dar - hierzu aus: "Der Richter entscheidet nach freiem Ermessen über das Vorliegen des Vorsatzes (§ 260 StPO - Anmerkung: § 260 a.F. StPO, heute § 261 StPO)".

sich, daß die Regel des faktischen Verfahrensrisikos als Beweisregel die freie richterliche Beweiswürdigung nicht beeinflussen kann ¹⁾.

Es scheint mir, diesen ersten Grundsatz abschließend, erforderlich, nochmals mit Nachdruck auf folgenden Umstand hinzuweisen. Man könnte nämlich meinen, daß der Richter nur dann (mangels Beweises) freisprechen darf, wenn er in den Urteilsgründen expressis verbis feststellt, daß sich nicht aus den Umständen ergibt, daß das Werkzeug zur Verwendung bei kriminellen Handlungen bestimmt war, daß der Richter also in allen Fällen seiner Nichtüberzeugung von der Schuld diese "Hürde des faktischen Verfahrensrisikos nehmen" müsse.

Dem ist, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, nicht so. Denn es ist streng und unnachgiebig an dem Grundsatz festzuhalten, daß die Wendung nur und erst dann zu beachten und anzuwenden ist, wenn der Richter, ohne sich entschieden zu haben, die freie Beweiswürdigung ohne Rücksicht auf die Wendung abgeschlossen hat. Selbst wenn er sich nach seiner Überzeugung zugunsten des Angeklagten entscheidet, vermag die Wendung nicht etwa, ihrer gesetzgeberischen Zielsetzung entsprechend, die Überzeugung des Richters zuungunsten des Angeklagten zu erschweren oder gar aufzuheben. Die Überzeugung des Richters bleibt also in jedem Falle unangetastet; "Beweisregeln" wie die des faktischen Beweisrisikos reichen in sie nicht hemmend, verschiebend oder korrigierend hinein ²⁾.

II. Die richterlichen Feststellungen im Rahmen der Wendung

Die Regel des faktischen Verfahrensrisikos kann somit "nur" - in Wirklichkeit nehmen diese Fälle in der strafgerichtlichen Praxis breiten Raum ein - dann zum Tragen kommen, wenn der Richter sich nicht zweifelsfrei überzeugen ³⁾, sich eindeutig weder für noch gegen den Angeklagten entscheiden kann. Dieses

1) Auch das Landgericht Heidelberg (NJW 1959, S. 1932) verkennt diesen wichtigen Grundsatz, wenn es ausführt, entgegen der in § 245 a Absatz 1 StGB getroffenen gesetzlichen Regelung müsse "die Bildung (der Überzeugung) dem Richter überlassen bleiben und dürfe ihm nicht aufgezwungen werden"; wie hier Schröder in NJW 1959, S. 1903 ff., 1904.

2) Das übersieht v. Tempelhoff, S. 66 f.

3) Auch hier bedarf es keiner Ausführungen über den Grad der Gewißheit, der die Überzeugung bestimmt.

Verhalten des Richters kann auf mannigfachen, rational erfaßbaren wie irrationalen, nicht erklärbaren Gedankengängen des Richters beruhen. Man kann in Angleichung an das Wort vom "Seelenzustand des Überzeugtseins" von einem "Seelenzustand des Nichtüberzeugtseins" sprechen. Wie soll in diesen Fällen die Wendung wirken? Soll sie insbesondere dazu führen, daß der Angeklagte in jedem Falle verurteilt wird? Eine Antwort auf diese Frage kann nur derjenige Teil der Wendung geben, der als maßgeblich für deren strafprozessual anomale beweisrechtliche Wirkungsweise erkannt worden ist: die Worte "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt" ¹⁾. Durch sie allein kann bestimmt sein, wie bei der Nichterweislichkeit der Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu verfahren ist. Grundlage dieser Feststellungen (eigentlich: Nichtfeststellungen) müssen die "Umstände" sein. Dieser auf unbegrenzte Vorgänge und Gegebenheiten anwendbare, vieldeutige Begriff konnte bisher nicht näher bestimmt werden ²⁾. Wie muß der Richter vorgehen, um diese "Umstände" aufzufinden?

1) Verwertbarkeit aller Vorgänge

Auch hier ist zunächst davon auszugehen, daß der Richter im Rahmen des das gesamte Beweisverfahren beherrschenden Grundsatzes der freien Beweiswürdigung danach forscht, ob er nach seiner Überzeugung diese oder jene tatsächliche Gegebenheit als "Umstände" oder "Umstand" anerkennen will. Die Maxime des § 261 StPO bleibt also auch hier, innerhalb der Wendung, wirksam. Sie läßt sich aus dem Strafverfahren in keinem Stadium der tatrichterlichen Nachprüfung verdrängen. Zu diesem Ergebnis kommt auch wiederholt das Reichsgericht. So hat es z.B. in RGSt 36, S.242 ff. 243 (betreffend § 475 a.F. StPO) ausgeführt, daß "das Gericht nicht an das, was die Erklärung (im Sinne von § 472 a.F. StPO) besage, gebunden sei, sondern nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu prüfen habe, ob Umstände vorliegen, welche den

1) Vgl. oben S. 19 f.

2) Vgl. oben S. 26.

Inhalt der Erklärung widerlegen oder erschüttern". 1)

1) § 475 der RStPO vom 1.2.1877 (RGBl. S. 253) lautete:

Absatz 1: "Sind die Förmlichkeiten beobachtet, so erfolgt die Verurteilung des abwesenden Angeklagten auf Grund der im § 472 bezeichneten Erklärung, wenn sich nicht Umstände ergeben, welche dieser Erklärung entgegenstehen".

(Die weiteren Absätze der Vorschrift können hier unberücksichtigt bleiben.)

§ 472 der RStPO vom 1.2.1877 (RGBl. S. 253) lautete:

Absatz 1: "Die Erhebung der Klage und die Eröffnung der Untersuchung erfolgt auf Grund einer Erklärung der mit der Kontrolle der Wehrpflichtigen beauftragten Behörde".

Diese gesetzliche Regelung zuungunsten des Angeklagten, die im 6. Buch, 4. Abschn., der Reichsstrafprozeßordnung unter der Überschrift "Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben" (§§ 470 ff. a.F. StPO) enthalten war, stimmt in ihrer maßgeblichen Wortfassung (".. wenn sich nicht Umstände ergeben ..") - wenn auch nicht wortwörtlich, so aber doch in dem Gebrauch derselben Satzkonstruktion (verneinter Bedingungssatz) und dem Begriff der "Umstände" - mit der Wendung "... sofern sich nicht aus den Umständen ergibt .." in § 245 a Absatz 1 StGB überein. Dabei macht es keinen Unterschied, daß dieser Tatbestand im Strafprozeßrecht, § 245 a aber im Strafgesetzbuch enthalten ist. Bedeutsam ist hier allein, daß in beiden Vorschriften eine Regelung zuungunsten des Angeklagten getroffen werden soll. Die weiteren Ausführungen des Reichsgerichts in RGSt 36, S. 242 ff. 244 setzen sich damit auseinander.

Auch die Tatbestände des Zoll- und Steuerstrafrechts, die eine sog. "praesumptio doli" enthalten, sind in dieser Weise aufgebaut, vgl. insbesondere § 16 Absatz 1 und 2 des Schaumweinsteuergesetzes vom 9.5.1902 (RGBl. S. 155); §§ 136, 137 des Vereinszollgesetzes vom 1.7.1869 (RGBl. S. 317); § 180 Absatz 1 und 2 des Brandweinmonopolgesetzes vom 8.4.1922 (RGBl. I, S. 405); § 58 Nr. 2 des Tabaksteuergesetzes vom 6. 12. 1919 (RGBl. I, S. 558).

Auch die Beweisnormen des BGB, die zwar in erster Linie die subjektive Beweisführungslast betreffen, jedoch gleichzeitig auch den objektiv Feststellungsbelasteten erkennen lassen, bezeichnen grundsätzlich exakt diejenigen Tatsachen, die der Beklagte vorbringen muß, um den Beweis oder Gegenbeweis zu führen, benennen also nicht etwa bloße "Umstände"; vgl. z.B. § 363 BGB "... wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei"; auch § 542 Absatz 3 BGB "... weil er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablauf der Frist die Abhilfe gewährt habe ...". Indessen zeigt gerade die Exculpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn in § 832 Absatz 1 Satz 2 BGB, daß die entlastenden Umstände - ähnlich wie in § 245 a Absatz 1 StGB - nicht immer in ihren einzelnen Voraussetzungen aufgeführt sind.

Diesen "Überzeugungs-Spielraum" überläßt das Gesetz dem Richter auch erkennbar, weil es keinen abschließenden "Umstände-Katalog" aufstellt. Es heißt also nicht etwa: der im Sinne von § 245 a Absatz 1 StGB Vorbestrafte "wird bestraft" ¹⁾,

- (1) wenn er nachts mit Diebeswerkzeugen in bewohnten Gegenden angetroffen wird,
- (2) wenn er mindestens einen Hammer, einen Schraubenzieher und einen Dietrich bei sich trägt,
- (3) wenn er sich mehr als einen Meter einem parkenden Kraftfahrzeug nähert" usw. ²⁾.

Als zweiter Grundsatz muß demnach beachtet werden:

Der Richter muß auch innerhalb der Wendung bei der Anwendung der Worte "Sofern sich nicht aus den Umständen ergibt" seiner freien Überzeugung folgen. Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gilt auch hier unumschränkt.

2. Das Merkmal der "Umstände"

Sollte dieser Grundsatz uneingeschränkt gelten, kann die Wendung keine Beweislastregel zuungunsten des Angeklagten begründen; mit ihrer Hilfe kann dann also dem Angeklagten ein - wie ich die Funktion der Wendung genannt habe - "faktisches Verfahrensrisiko" nicht aufgebürdet werden. Wenn nämlich der Richter auch innerhalb der Wendung alle Umstände im Sinne sämtlicher Geschehnisse in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht nach seiner freien Überzeugung werten darf und sogar werten muß, führen seine Beweiserhebungen zwingend zu dem (gleichen) Beweisergebnis, das er bereits vor der Wendung und ohne Rücksicht auf diese aufgefunden hat. Auch dort mußte er alle Umstände im vorgenannten Sinne nach seiner freien Überzeugung würdigen ³⁾.

1) Die doppelte Satzverneinung der Wendung kann hier durch eine positive Formulierung ersetzt werden.

2) Derartige näher bezeichneten "Umstände" könnten noch mehrere angeführt werden

3) Vgl. oben S. 73 ff.

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis, nach dem der Richter den Angeklagten grundsätzlich verurteilen muß, wenn der Richter nicht ausnahmsweise für den Angeklagten günstige Gegebenheiten "aus den Umständen" entnehmen kann, wäre nur scheinbar geeignet, eine Beweiserschwernis für den Angeklagten herbeizuführen. Die richterlichen Feststellungen "innerhalb" der Wendung könnten nicht zu Beweisergebnissen führen, die von seinen ohne Rücksicht auf die Wendung bereits getroffenen Feststellungen abweichen.

Der Nachweis der Kenntnis des Angeklagten von der kriminellen Zweckbestimmung der Werkzeuge kann folglich nur dann erleichtert werden, wenn der Richter innerhalb der Wendung verschiedene "Umstände" oder bestimmte Arten von "Umständen", die zugunsten des Angeklagten sprechen und diesen entlasten könnten, nicht berücksichtigen darf. Dann dürfte der Richter innerhalb der Wendung nur noch weniger Vorgänge und Gegebenheiten des Tatgeschehens als "Umstände" berücksichtigen, als ihm dies vor und ohne Rücksicht auf die Wendung im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung möglich gewesen war. Dies führte dazu, daß die fehlende Absicht des Angeklagten, die Werkzeuge bei strafbaren Handlungen zu verwenden, oder das Fehlen seiner Kenntnis von der kriminellen Zweckbestimmung der Werkzeuge durch einen anderen nur noch ausnahmsweise, jedenfalls nur noch erschwert festgestellt werden könnte.

Auf welche "Umstände im engeren Sinne" aber sollen die dem Richter erkennbaren "Umstände im weitesten Sinne" (alle Gegebenheiten, Vorgänge und sonstige Umweltbedingungen sachlicher, persönlicher, zeitlicher und örtlicher Art)¹⁾ beschränkt werden? Mit dieser Frage, die schon bei flüchtiger Betrachtung die Praktikabilität der Wendung als Beweisregel in Frage stellt, haben sich die Vertreter dieser Theorie an keiner Stelle auseinandergesetzt.

a) Von außen kommende Tatsachen

Dem Willen des Gesetzgebers könnte man dadurch gerecht werden und Geltung verschaffen, daß man die im Rahmen der Wen-

1) Vgl. oben S. 26.

dung noch zu berücksichtigenden "Umstände" "verobjektiviert" auffaßt. Danach dürfte der Richter - ist er erst einmal gehalten, die "Beweisregel" anzuwenden - nur solche Umstände des gesamten Tatgeschehens verwerten, die außerhalb der Person des Angeklagten begründet sind und die außerhalb seiner Willenssphäre liegen. Dies hätte zur Folge, daß der Richter eigene Handlungen des Angeklagten oder dessen Willensäußerungen bei der Urteilsfindung völlig außer Betracht lassen müßte. Zudem könnten die persönlichkeitsbezogenen Eigenschaften des Angeklagten nicht als Grundlage für die "Umstände" dienen. Das Gericht könnte deshalb die Bestrafung des Angeklagten nicht mit der Begründung ausschließen, seine Handlungen oder sein Wille sprächen dafür, daß er die Werkzeuge zu verbrecherischen Zwecken nicht habe gebrauchen wollen. Außerdem könnte das Gericht nicht zugunsten des Angeklagten berücksichtigen, daß seiner Person die kriminelle Zweckbestimmung nicht zugerechnet werden könne.

Indessen ist eine solche Auslegung des Begriffes "Umstände" offensichtlich willkürlich und deshalb nicht zu rechtfertigen. Aus welchem Grunde sollten gerade nur "von außen kommende Tatsachen" berücksichtigt werden dürfen und nicht etwa eine andere Kategorie von "Umständen"? Weshalb sollte dem Richter verwehrt sein, eigene Handlungen des Angeklagten oder dessen Willensrichtung bei der Urteilsfindung zu verwerten, selbst wenn diese "Umstände" nach seiner Überzeugung erwiesen sind? Es fehlt für eine solche Unterscheidung des Begriffes Umstände "vor" und "innerhalb" der Wendung im Gesetz jeglicher Hinweis. Insbesondere kann man sich nicht darauf berufen, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung als "Umstände" im Sinne von § 259 Abs. 1 StGB ("... oder den Umständen nach annehmen muß ...") nur solche Gegebenheiten gelten läßt, die "von außen her die Überzeugung des Täters bestimmen" ¹⁾. Die sogenannte Beweisregel des § 259 StGB

1) Vgl. RGSt 55, S. 204 ff. 206 und 64, S. 4 f. 5;
BGH in NJW 1953, S. 552 und 1955, S. 350 f. 351;
OLG Braunschweig in NdsRpfl 1954, S. 111 f. 112.

bezieht sich darauf, ob der Täter aus den ihm vor oder bei Tatbegehung bekannten "Umständen" den Schluß auf die strafbare Herkunft der Sache gezogen hat. Es kommt also auf das Annehmenmüssen, auf die Überzeugung des Täters an ("obwohl er ... annehmen mußte..."). Die hier in Frage stehende "Beweisregel" des § 245 a Abs. 1 StGB hingegen wendet sich an den Richter. Es handelt sich also darum, aus welchen "Umständen" der Richter seine Schlüsse ziehen, auf welche "Umstände" der Richter seine Überzeugung stützen darf. Demnach können die zur Beweisregel des § 259 StGB entwickelten Grundsätze nicht auf § 245 a Abs. 1 StGB übertragen werden.

b) Sperrwirkung bei Schutzbehauptungen

Eine zweite Möglichkeit, den Begriff der "Umstände im Rahmen der Wendung einzuschränken, könnte darin bestehen, daß der Richter sogenannte "Schutzbehauptungen" des Angeklagten nicht berücksichtigen darf. Der Richter dürfte danach, falls der Angeklagte auf Grund irgendwelcher Umstände den redlichen Besitz der Werkzeuge zu rechtfertigen versuchte, diesen Angaben des Angeklagten nicht nachgeben, ja hierüber nicht einmal Beweis erheben. Die in den Urteilsgründen übliche Formulierung, dieser oder jener bestehende Umstand sei auf Grund der Einlassung des Angeklagten "unwiderlegt geblieben", hätte in einem Urteil, dem eine Anklage nach § 245 a Abs. 1 StGB zugrunde liegt, keinen Platz.

Aber auch irsoweit ist die Wendung nicht geeignet, eine Beweiserschwerung für den Angeklagten herbeizuführen. Zwar scheint es, als hätte das Reichsgericht in zwei Entscheidungen zur Widerlegbarkeit sogenannter "Beweisregeln" in Strafvorschriften ¹⁾ die gegenteilige Ansicht vertreten. Dort wird ausgeführt, daß die Angaben des Angeklagten "nicht ohne weiteres dazu benutzt werden dürfen, um eine Beweisregel einfach außer kraft zu setzen". Indessen rügt das Reichsgericht lediglich, daß sich der Tatrichter nicht ausreichend mit den "Schutzbehauptungen" des Angeklagten aus-

1) Vgl. RGSt 36, S. 242 ff. 244 und 39, S. 298 ff. 302;
vgl. Löwe-Rosenberg-Geier, § 261, Anm. 6., S. 676.

einandergesetzt habe. Zudem hebt es ausdrücklich hervor, daß der Richter die Angaben des Angeklagten auch im Rahmen gesetzlicher Beweisregeln uneingeschränkt nach seinem freien Ermessen (§ 261 StPO) würdigen dürfe. Schon hieraus ergibt sich, daß die Beweisregeln als solche die richterliche Überzeugungsbildung in keiner Weise einschränken.

Andere Kriterien, mit deren Hilfe der Begriff "Umstände" innerhalb der Wendung enger gefaßt werden könnte als bei den richterlichen Feststellungen vor und ohne Rücksicht auf die Wendung, sind nicht erkennbar. Jede Unterscheidung in dieser Hinsicht fände im Gesetz keine Stütze und müßte deshalb willkürlich sein. Man kann insbesondere auch nicht mit dem Argument, daß der Gesetzgeber nichts Überflüssiges in den Gesetzeswortlaut aufnehmen und daß deshalb dem Begriff Umstände in irgendeiner Weise eine einschränkende, den Beweis erleichternde Funktion zugeschrieben werden müsse, zu einer anderen Auffassung gelangen. Mit solchen Erwägungen unterläge man dem irrigen Schluß vom "Sollen" ("der Gesetzgeber soll nichts Überflüssiges sagen") auf das "Sein" ("der Gesetzgeber sagt nichts Überflüssiges"). Allein die wiederholte Erwähnung von Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld im Text unseres Strafgesetzbuches beweist, daß der Gesetzgeber des öfteren selbstverständliche Voraussetzungen der Strafbarkeit wiederholt, ohne daß hierfür in jedem Falle ein besonderer Grund ersichtlich wäre. Der Begriff der Umstände ist eben nicht auslegbar, weil der Gesetzeswortlaut insoweit keinerlei Anhaltspunkte bietet. Als dritter und letzter Grundsatz ist demnach festzuhalten:

Der Richter darf auch im Rahmen der Wendung seine freie Beweiswürdigung uneingeschränkt ausüben. Der Begriff "Umstände" ist nicht geeignet, die von dem Richter zu berücksichtigenden Vorkommnisse und Begebenheiten persönlicher, sachlicher, zeitlicher und örtlicher Natur in irgendeiner Weise einzuschränken. Der Richter muß danach innerhalb der Wendung zu den Beweisergebnissen kommen, zu denen er bereits vor der Wendung und ohne Rücksicht auf diese gelangt ist. Folglich ist die Wendung nicht geeignet,

dem Angeklagten auch nur eine objektive Beweislast oder ein faktisches Verfahrensrisiko aufzubürden. Als "Beweisregel" im vorgenannten Sinne ist sie bei der Gesetzesanwendung wertlos.

3. Ergebnis

Die einzelnen Auslegungsmethoden führen zwar zu dem Ergebnis, daß mit den Worten "sofern ... bestimmt ist" eine Regel der objektiven Beweislast zugunsten des Angeklagten aufgestellt wird. Dennoch ist die Wendung als Beweisregel ungeeignet, weil mit ihrer Hilfe eine Beweiserschwernis zugunsten des Angeklagten nicht erreicht werden kann. Der Ansicht, nach der die Wendung eine Beweisregel für den inneren oder subjektiven Tatbestand darstellt, kann nicht gefolgt werden. Damit wird keine der bisher zu § 245 a Abs.1 StGB vertretenen Auffassungen dem Wesensgehalt der Wendung gerecht.

III. Die Wendung als Ausgestaltung des "prima facie"-Beweises

Schließlich könnte die Wendung als eine besondere Ausgestaltung des prima facie-Beweises aufzufassen sein.

Das Wesen dieses mit der Entwicklung der freien Beweiswürdigung eng verbundenen Beweisgrundsatzes besteht darin, daß aus einem typischen Geschehensablauf nach den Erfahrungsgrundsätzen des Lebens auf einen bestimmten Umstand geschlossen werden kann ¹⁾. Aufgabe und Funktion der Wendung bestünde bei dieser Betrachtungsweise darin, den Strafrichter anzuhalten, alle für die kriminelle Zweckbestimmung von Diebeswerkzeugen sprechenden "typischen Geschehensabläufe" aufzufinden und sodann zu untersuchen, ob der Angeklagte "nach den Erfahrungen des Lebens" die Werkzeuge zu kriminellen Zwecken verwenden wollte.

1) Zur Entwicklung dieses Beweisprinzips vgl. Glaser § 61, S. 637 ff. und Rittler in SchwZStr 43, S. 173 ff., 174 ff.; im übrigen die Darstellungen von Meixner, S. 16 ff.

Gegen diese Theorie, die bei § 245 a Abs. 1 StGB - soweit ersichtlich - nur von Henkel vertreten wird ¹⁾, ergeben sich schwerwiegende Bedenken. Einmal erhebt sich die Frage, ob ein solcher Hinweis an den Strafrichter nicht mit Rücksicht auf §§ 244 Abs. 2, 261 StPO ohnehin überflüssig ist und deshalb nicht als Beweishilfe anerkannt werden kann. Zum anderen erhebt sich die Frage, ob eine solche Auslegung mit dem Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers in Einklang gebracht werden kann. Schließlich ist zu prüfen, ob sich die Grundsätze des prima facie-Beweises, die im Zivilprozeß entwickelt wurden, überhaupt auf das Strafverfahren und insbesondere auf die Wendung des § 245 a Abs. 1 StGB übertragen werden können.

1. Aufgabe des "prima facie"-Beweises

Bei Inkrafttreten des Gewohnheitsverbrechergesetzes ²⁾ war die freie richterliche Beweiswürdigung schon seit fast sechzig Jahren gesetzlich verankert (§ 260 a.F., § 261 StPO) ³⁾, die Zulässigkeit des Indizien- und "prima facie"-Beweises einhellig daraus gefolgert und längst Allgemeingut der Rechtswissenschaft geworden. Eigentlich war kein Grund vorhanden, die genannten Grundsätze durch die Aufnahme der Wendung nochmals zu sanktionieren. Der Richter hat sie ohnehin beachten müssen. Hinzu kommt, daß gerade der Strafrichter in der täglichen Praxis beim Leugnen des Angeklagten immer wieder typische Geschehensabläufe heranzieht, um dem Angeklagten dessen kriminelle Willenrichtung nachweisen zu können. Wie anders sollte er - einmal von dem seltenen Fall einer Zeugenaussage über den Willen des Angeklagten abgesehen - bei dem Nachweis "innerer Tatsachen" verfahren?

Hiergegen ist jedoch zweierlei einzuwenden. Man darf zunächst nicht der positivistischen Argumentation unterliegen, daß das Gesetz nie etwas Überflüssiges sagt und daß deshalb jeder Gesetzeswendung, sollte sie bereits in allgemeinen Grundsätzen zum Ausdruck kommen oder sonst einhellig aner-

1) Henkel, S. 578 ff. 593.

2) Mit Beginn des 28.11.1933 (Art. 4 GewVerbrG i.V.m. der Veröffentlichung in DRAnzPreußStAnz Nr.277 v. 27.11.33, S.2).

3) Die Reichsstrafprozeßordnung vom 1.2.1877 trat gemäß § 1 EGStPO i.V.m. § 1 EGGVG spätestens am 1.10.1879 in Kraft.

kannt sein, eine besondere spezifische Bedeutung zukommen müsse¹⁾. Die Sprache unseres Strafgesetzbuches zeigt dies deutlich. In zahlreichen Vorschriften sind Begriffe wie "vorsätzlich" oder "rechtswidrig" aufgenommen, obwohl diesen Merkmalen keine eigenständige Funktion beizumessen ist. Auch die in § 259 StGB enthaltenen Worte "oder den Umständen nach annehmen muß" werden beispielsweise von einer heute weit verbreiteten Ansicht lediglich als ein "Hinweis auf die freie richterliche Beweiswürdigung verstanden, mit dem die Anwendung des prima facie-Beweises nahegelegt werde"²⁾. Dies zeigt, daß der Grundsatz (und auch das erstrebenswerte Ziel), der Gesetzgeber solle nichts Überflüssiges sagen, in zahlreichen Bestimmungen unseres Strafgesetzbuches durchbrochen ist. Folglich darf man nicht schließen: der Gesetzgeber soll nichts Überflüssiges sagen, folglich hat er dies auch in § 245 a Abs. 1 StGB nicht getan.

Darüber hinaus wäre es nur allzu verständlich, wenn § 245 a Abs. 1 StGB ausdrücklich nochmals auf die Möglichkeit des prima facie-Beweises hinweisen würde. Diese Bestimmung stellt eine bloße Vorbereitungshandlung unter Strafe. In diesem der Verbrechensverwirklichung, ja sogar dem Versuch vorgelagerten Stadium fällt der Nachweis eines verbrecherischen Willens naturgemäß sehr schwer: eine Rechtsgutverletzung ist nicht eingetreten. Hinzu kommt, daß der Nachweis kriminellen Vorhabens gerade bei uneigentlichen Diebeswerkzeugen, die im Rahmen des § 245 a StGB einen breiten Anwendungsbe- reich einnehmen, schwerfällt. Wie soll unterschieden werden können, ob und inwieweit beispielsweise sich in jedem Haushalt befindliche Werkzeuge wie Hammer, Schraubenzieher oder Schraubenschlüssel zu kriminellen Zwecken bestimmt sind oder nicht?

Demnach wäre die besondere Ausgestaltung des prima facie-Beweises in § 245 a Abs. 1 StGB schon sinnvoll und es käme

1) Vgl. hierzu auch oben S. 82.

2) So Niese in JZ 1956, S. 357 ff. 362; Henkel, S. 588 ff., 587 f. (hierzu Noll in SchwZStr 1962, S. 377 ff. 398); Wimmer in NJW 1955, S. 321 ff. 323; Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1748, zustimmend Eb. Schmidt (Lehrkommentar II), Vorbem. zu § 244, Anm. 15, und Welzel, S. 356.

ihr auch maßgebliche selbständige Bedeutung zu. Es ist verständlich, daß der Richter durch das Gesetz gerade bei Anwendung dieser Bestimmung nochmals mit Nachdruck auf die Möglichkeit des prima facie-Beweises hingewiesen und ihm so ein auf typische Indizien gegründeter Urteilsspruch erleichtert und nahegelegt werden soll. Der erste Einwand kann demnach nicht durchgreifen.

2. Die gesetzgeberische Zielsetzung

Auf welche Weise aber können diese Erwägungen mit dem durch die amtliche Begründung zum Gewohnheitsverbrechergesetz nachweisbaren Willen des Gesetzgebers in Einklang gebracht werden? Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat dem nach § 245 a Abs. 1 StGB angeklagten Vorbestraften mit Hilfe der Wendung nur noch einen "Entlastungsbeweis" einräumen wollen¹⁾. Nach seinen Vorstellungen sollte die Wendung bezwecken, daß der Diebeswerkzeuge besitzende Vorbestrafte grundsätzlich diese Werkzeuge zu kriminellen Zwecken werde gebrauchen wollen und daß er deshalb grundsätzlich strafbar sei. Nur ausnahmsweise sollte es ihm ermöglicht werden, sich von diesem Vorwurf "freizubeweisen". Ihm sollte die subjektive Beweisführungslast, zumindest die objektive Beweislast dafür obliegen, daß er die Werkzeuge nicht zu kriminellen Zwecken gebrauchen wolle oder um eine solche Zweckbestimmung gewußt habe. Der rechtsstaatliche Verfahrensgrundsatz "in dubio pro reo" sollte in ein "in dubio contra reum" verkehrt werden.

Indessen ist hier zu berücksichtigen, daß die Wendung - wie oben im einzelnen dargelegt wurde²⁾ - wegen ihrer Wortfassung "sofern sich nicht aus den Umständen ergibt" nicht geeignet ist, eine Beweis(last)regel zuungunsten des Angeklagten zu begründen. Der gesetzgeberische Wille kann nach dem Wortlaut der Wendung überhaupt nicht verwirklicht werden. Hat demnach der gesetzgeberische Wille in den Gesetzeswortlaut nicht Eingang gefunden und hat er sich dort nicht praktikierbar und vollziehbar manifestiert, so kann er auch nicht in der Bestimmung fortleben³⁾. Deshalb bedarf es hier keiner

1) Amtliche Begründung in DRAnzPreußStAnz vom 27.11.33, S.3.

2) Vgl. oben S. 72 ff., 79 ff.

3) Vgl. oben S. 28 f.

näheren Ausführungen, welches Gewicht dem gesetzgeberischen Willen bei der Auslegung beizumessen ist ¹⁾. Aus gleichen Gründen kann es insoweit auf die unterschiedlichen Grundsätze der objektiven und subjektiven Auslegungsmethode nicht ankommen. Damit erledigt sich auch der zweite Einwand gegen die Auffassung, in der Wendung sei lediglich der prima facie-Beweis noch einmal besonders ausgestaltet.

3. Prima facie-Beweis im Strafprozeß?

Schließlich könnte eingewandt werden, daß man die Grundsätze des prima facie-Beweises vom Zivilprozeßrecht, in dem diese Art des "Beweises" entwickelt wurde, nicht auf das anders strukturierte Strafverfahren übertragen könne. Dieser Einwand, der in neuester Zeit von Henkel gegen Bockelmann und Niese erhoben wurde ²⁾, trifft in dieser allgemeinen Form nicht zu. Aus der verschiedenen Natur der beiden Verfahrensarten könnte man mit Henkel nur dann gegen eine Übertragung des prima facie-Beweises in das Strafverfahrensrecht argumentieren, wenn Ausgangspunkt und Grundlage des prima facie-Beweises im Zivilprozeßrecht und im Strafverfahren unterschiedlich wären.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Der prima facie-Beweis ist Ausfluß der freien richterlichen Überzeugungsbildung, die er - unter Berücksichtigung der Lebenserfahrung bei gleichen, typischen Geschehensabläufen - folgerichtig fortführt. Die freie Beweiswürdigung aber beherrscht sowohl das Zivilverfahren als auch das Strafverfahren (vgl. § 286 ZPO und § 261 StPO). Folglich kann der prima facie-Beweis auch in beiden Verfahren Anwendung finden.

a) Breiter Anwendungsbereich

Henkel hat jedoch die bisher vertretene prima facie-Beweis-Theorie mit zwei wesentlichen Gesichtspunkten bereichert. Einmal führt er aus, daß die durch Bockelmann ³⁾ vorgenommene funktionelle Begrenzung des prima facie-Beweises auf

1) Vgl. hierzu im einzelnen die oben S. 6 unter Fußnote 3 angegebenen Hinweise; ebenfalls Müller in JZ 1962, S. 471 ff.

2) Vgl. Henkel, S. 589 ff.

3) Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1748

Ausflüchte des Angeklagten ("Das kennen wir!") zu eng ist; vielmehr müsse man den prima facie-Beweis auch auf die (zahlreichen) Fälle ausdehnen, in denen der Richter erst nach schwieriger Abwägung seine Überzeugung finden kann.

Dem ist in vollem Umfange zuzustimmen, weil ansonsten die Beweiserleichterung praktisch kaum nützlich und wertvoll wäre. Wollte man nämlich den gebildeten, in Vernehmungstechnik, Logik, im Erfassen von typischen Lebensvorgängen erfahrenen Richter vom Gesetz nur darauf hinweisen, dem sich verteidigenden, wahrscheinlich leugnenden Angeklagten ein "Das kennen wir!" entgegenhalten zu können, so könnte man wohl kaum mehr von einer Beweishilfe sprechen. Jeder Richter kommt aus eigenen, ganz natürlichen Überlegungen dazu, in dieser Weise auf die Einlassung des Angeklagten zu reagieren. Man braucht ihn nicht erst mit Hilfe des Gesetzes "drauf zu stoßen". Dies zeigt deutlich die Praxis der deutschen Strafgerichte, vor denen tagtäglich den leugnenden Angeklagten Wendungen wie "das können Sie mir doch nicht erzählen" oder "Wem wollen Sie denn das weismachen?" oder "Wer soll denn das glauben?" oder "Auf diese Ausrede habe ich gewartet" und am häufigsten "Das kennen wir" entgegengehalten werden.

b) Der typische Geschehensablauf

Die zweite weitergehende Ergänzung der prima facie-Beweis-Theorie berührt das Merkmal des "typischen Geschehensablaufes". Hierunter wird nach einhelliger Ansicht ein Tatbestand verstanden, bei dem nach der Lebenserfahrung von einem feststehenden Ereignis auf einen eingetretenen Erfolg oder von einem Erfolg auf eine bestimmte Ursache geschlossen werden kann; wenn dieser Tatbestand feststeht, wird auch der Erfolg als eingetreten oder die Ursache als gegeben erachtet¹⁾. Auf § 245 a Absatz 1 StGB übertragen: wenn "verdächtige"

1) Vgl. hierzu Schönke-Schröder-Niese, § 58, VI, 2, S. 263; Stein-Jonas, § 282, Anm. VI, 7 a), S. 13; Rosenberg, Lehrbuch, § 111, Anm. IV, 3 a). Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung: RGZ 112, S. 229 ff. 231 (unten); RGZ 130, S. 357 ff. 359; RGZ 134, S. 237 ff. 241, und BGH in LM Nr. 11 zu § 286 (ZPO).

Umstände festgestellt werden können, soll auch die Kenntnis der kriminellen Zweckbestimmung erwiesen sein.

Übereinstimmend erkennen aber alle Befürworter des prima facie-Beweises zutreffend an, daß ein typischer Geschehensablauf dann nicht vorliegen könne, wenn es sich um einen "individuellen Willensentschluß" eines Menschen handle, der erfahrungsgemäß von jedem Menschen nach eigenem Dafürhalten verschieden gefaßt werde ¹⁾. Um den Nachweis eines solchen "individuellen Willensentschlusses" handelt es sich aber immer bei dem Nachweis der subjektiven kriminellen Zweckbestimmung der Werkzeuge. Denn jeder, der für einen anderen ein Werkzeug in Verwahrung nimmt, wird entsprechend dem Grad seiner Bildung, seiner Kenntnis von verbrecherischen Vorgängen oder Unkenntnis dieser Dinge, seinem nicht erklärbaren Gespür, nach seiner Auffassungsgabe und Einsichtsfähigkeit und nicht zuletzt aufgrund seiner Menschenkenntnis (in Bezug auf die zur Verwahrung gebende Person) aus den wahrgenommenen Umständen auf die Bestimmung des Werkzeuges zu kriminellen oder rechtschaffenen Zwecken schließen. Hinzu kommt, daß es sich meistens um unedelmotivierte Diebeswerkzeuge handeln wird, die dem Inverwahrungnehmenden wegen ihrer generellen redlichen Handhabung ²⁾ zu den unterschiedlichsten Schlüssen bezüglich ihrer Zweckbestimmung gelangen lassen können.

Demnach kann bei dem Nachweis der kriminellen Zweckbestimmung wegen der im Strafrecht immer zu berücksichtigenden

-
- 1) So überzeugend der Bundesgerichtshof in LM Nr. 11 zu § 286 ZPO, und in MDR 1960, S. 660, mit Zustimmung aller in der vorhergehenden Fußnote genannten Autoren.
 - 2) Hier ist vor allem daran zu denken, daß heute - durch den technischen Fortschritt bedingt - eine breitere Schicht im Besitze der verschiedenartigsten Werkzeuge ist, die sich vorzüglich zur Verwendung bei strafbaren Handlungen eignen. Man denke insbesondere an die vielen Kraftfahrzeugbesitzer sowie diejenigen, die verschiedene technische Geräte (z.B. Waschmaschinen, elektrische Pumpen, Ölheizungen, elektrische Küchengeräte usw.) in hauswirtschaftlichem Gebrauch haben und deshalb Werkzeuge im Hause haben, um diese Geräte ohne Hinzuziehung eines Handwerkers selbst gegebenenfalls reparieren zu können.

geistigen und seelischen Reaktion des Täters nicht ohne weiteres ein "typischer Geschehensablauf" angenommen werden. Man muß deshalb bei Anwendung des prima facie-Beweises innerhalb des Strafverfahrens immer in Erwägung ziehen, ob der Geschehensablauf gerade bei dem jeweiligen Angeklagten unter voller Würdigung dessen Persönlichkeit die Feststellung der kriminellen Zweckbestimmung rechtfertigen kann. Im Rahmen des "typischen Geschehensablaufs" ist deshalb im Strafverfahren immer die Persönlichkeit des Angeklagten bei der Beweiswürdigung nach der Lebenserfahrung heranzuziehen.

4. Einzig mögliche dogmatische Einordnung

Schließlich spricht noch ein weiterer Grund für die prima facie-Beweistheorie in der hier dargestellten Form. Alle Einordnungen der Wendung in die Dogmatik unseres Strafrechts oder in unser Strafverfahrensrecht sind fehlgeschlagen. Die bisher vertretenen Ansichten konnten nicht bestätigt werden. Weitergehende Lösungen sind nicht ersichtlich. Folglich bleibt - will man in der Wendung eine Beweishilfe für den Richter sehen - gar keine andere Möglichkeit, als die Wendung als eine dem gesetzgeberischen Willen am nächsten kommende besondere Ausgestaltung des prima facie-Beweises aufzufassen.

5. Verfassungskonforme Auslegung

Selbst wenn aber eine - wie auch immer geartete - Beweisregel zuungunsten des Angeklagten durch die Wendung normiert würde, könnte eine solche Ansicht nicht einer verfassungskonformen Auslegung standhalten. Diese Auslegungsmethode wurde vom Bundesverfassungsgericht begründet ¹⁾ und in zahlreichen Entscheidungen ²⁾ unter einmütiger Zustimmung der Rechtslehre ³⁾ weitergeführt. Sie beruht auf der Erwägung, daß nicht nur eine Vermutung für die Vereinbarkeit einer Gesetzesvorschrift mit dem Grundgesetz spricht, sondern daß darüber hinaus das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip

1) Vgl. BVerfGE 2, S. 266 ff., 282.

2) BVerfGE 4, S. 331 ff., 350; 6, S. 222 ff. 233, 242;
8, S. 28 ff. 33 f.; 9, S. 194 ff. 200.

3) Vgl. hierzu Müller in JZ 1962, S. 471 ff. 473.

im Zweifel auch eine verfassungskonforme Auslegung verlangt. Demnach ist eine Vorschrift nicht für verfassungswidrig zu erklären, wenn sie "im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann" ¹⁾.

Eine Beweisregel zuungunsten des Angeklagten müßte den Verfahrensgrundsatz "in dubio pro reo" in ein "in dubio contra reum" umkehren. Dem Grundsatz "in dubio pro reo" aber wird heute von der überwiegenden Meinung - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - Verfassungsrang eingeräumt ²⁾. Er ist als ein durch die rechtsstaatliche Verfassung gesicherter Grundsatz anerkannt, der in allen Bereichen des Straf- und Strafverfahrensrechts Geltung beansprucht ³⁾. Als ein Satz der dem Grundgesetz "vorgelagerten" und "vorgegebenen" Rechtssphäre lebt er - auch unverbrieft - in unserer heutigen Verfassung fort. Niese ⁴⁾ faßt diese Gedanken in Anlehnung an Niethammer ⁵⁾ zutreffend in den Worten zusammen, "in dubio pro reo" gehöre zu denjenigen Grundsätzen, die "als übergesetzliche und unantastbare Gebote so heilig sind, daß sie nicht in die Niederung einer gesetzlichen Vorschrift der Strafprozeßordnung erscheinen". Damit stellt er diesen Satz als eine Norm des Rechtsstaatsprinzips über die einzelnen Gesetze.

Bei einer Kollision mit diesem Grundsatz, zu der es kommen muß, wenn man die Würdigung als Beweislastregel zuungunsten des Angeklagten verstehen will, müßte demnach die Beweislastregel mit Hilfe der verfassungskonformen Auslegung zu einer besonderen Ausgestaltung des prima facie-Beweises abgeschwächt werden. Jede Anlehnung an andere dogmatische Institutionen wäre nicht sachgerecht.

1) So BVerfGE 2, S. 266 ff. 282.

2) Vgl. die erschöpfende Darstellung von Stree, S. 5 ff.; Maunz-Dürig, Art. 103, Randnote 73; Arndt in NJW 1959, S. 6 f., 7; Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnoten 376 f., S. 212 f.

3) Vgl. BGH in NJW 1963, S. 1209 f.

4) Niese in DRZ 1949, S. 505 ff. 505.

5) Niethammer in DRZ 1949, S. 193 ff. 195.

Dieser verfassungskonformen Auslegung steht auch nicht der Wille des Gesetzgebers entgegen, nach dem durch die Wendung eine Beweislastregel zuungunsten des Angeklagten aufgestellt werden sollte. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht und auch der Bundesgerichtshof wiederholt zutreffend entschieden, daß sich die verfassungskonforme Auslegung grundsätzlich nicht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen darf ¹⁾. Dennoch kann nach den von dem Bundesverfassungsgericht aufgestellten Auslegungsgrundsätzen eine im Verhältnis zu dem Willen des Gesetzgebers eingeschränkte Auslegung gewählt werden, wenn sie gleichzeitig noch mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang gebracht werden kann ²⁾. Das Bundesverfassungsgericht hat es insbesondere für zulässig erachtet, den gesetzgeberischen Willen gemäß unserer Verfassung zu begrenzen, wenn nach der Verfassung eben nur noch eine bestimmte positive Regelung dem Grundgesetz gerecht wird und mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist ³⁾. Es wurde oben ⁴⁾ im einzelnen dargelegt, daß durch die besondere Hervorhebung des Indizienbeweises wegen der besonderen Natur des § 245 a Abs. 1 StGB als strafbare Vorbereitungshandlung dem Richter eine wertvolle Beweishilfe gegeben wird. Auch spricht der Wortlaut des Gesetzes gerade für eine besondere Ausgestaltung des prima facie-Beweises.

Man muß schließlich in diesem Zusammenhang berücksichtigen, daß das in der amtlichen Begründung zum Ausdruck kommende Ziel des Gesetzgebers, eine Beweisregel zuungunsten des Angeklagten aufzustellen, durch die Wortfassung der Wendung nicht erreicht werden kann. Kann demnach der gesetzgeberische Wille überhaupt nicht verwirklicht werden, so kann er einer einschränkenden, sich an dem Grundgesetz orientierenden Auslegung ohnehin nicht entgegenstehen.

1) Vgl. BVerfGE 1, S. 117 ff. 127; 6, S. 55 ff. 72; 6, S. 309 ff. 247. BGHSt 1, S. 9 ff. 12; 2, 99 ff. 102; 6, 394; BGH in NJW 1954, S. 1373 f. 1374.

2) Vgl. BVerfGE 8, S. 33

3) Vgl. BVerfGE 2, S. 336 ff. 340, 341.

4) Vgl. oben S. 84 ff.

6. Ergebnis

Die vorstehenden Untersuchungen haben ergeben, daß in der Wendung des § 245 a Abs. 1 StGB die Grundsätze des prima facie-Beweises zum Ausdruck kommen. Der Richter soll wegen der Natur dieser Bestimmung als strafbare Vorbereitungs-handlung mit Nachdruck darauf hingewiesen werden, aus typischen Geschehensabläufen auf die kriminelle Zweckbestimmung der Werkzeuge durch den einschlägig Vorbestraften zu schließen. Dabei hat er die gesamte Persönlichkeit des Angeklagten in seine Überlegungen einzubeziehen.

Abschnitt 2: Die Formel des § 245 a Abs. 2 StGB

Nach dem eingangs gekennzeichneten Aufbau der Arbeit ist nunmehr die Vorschrift des § 245 a Abs. 2 StGB zu untersuchen. Aus der Fülle von Rechtsproblemen, die dieser Tatbestand in sich birgt, sind - der Einschränkung des Themas folgend - nur diejenigen herauszugreifen, die sich aus den Worten "oder den Umständen nach annehmen muß, daß das Werkzeug zu strafbaren Handlungen bestimmt ist" ergeben.

Die nachfolgenden Untersuchungen können auf denen des vorangegangenen Abschnitts weitgehend aufbauen, da im wesentlichen die gleichen Theorien vertreten werden. Außerdem wird die Darstellung dadurch erleichtert, daß eine Klausel gleichen Wortlautes in der Vorschrift des § 259 StGB enthalten ist, die bereits in das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RGBl., S. 127) Eingang gefunden hat ¹⁾. Während sich die Formel des § 245 a Absatz 2 StGB auf das Wissen des Täters um die "subjektive kriminelle Zweckbestimmung" ²⁾ bezieht, betrifft sie in § 259 StGB die Kenntnis des Täters von dem strafbaren Vorerwerb der gehehlten Sache. Zunächst werden

1) "Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht..., wird bestraft".

2) Vgl. oben S. 15.

die herkömmlichen Ansichten dargestellt (Kapitel 1). Im Anschluß daran werden diese Auffassungen kritisch gewürdigt und die eigene Ansicht entwickelt (Kapitel 2).

Kapitel 1: Die herkömmlichen Ansichten

In Literatur und Rechtsprechung werden heute folgende Ansichten vertreten:

A. Die Formel als "gesetzliche Beweisregel" oder "Vermutung"

Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß die Formel des § 245 a Absatz 2 StGB - in Angleichung an § 259 StGB - "eine gesetzliche Beweisregel" darstelle, die sich, ohne daß im einzelnen gesagt wird, wodurch dies rechtssystematisch oder -dogmatisch geschieht, zuungunsten des Angeklagten auswirke. Das Reichsgericht, das diese Ansicht begründet hat und auf das sich heute alle Vertreter dieser Ansicht berufen, führt hierzu in der grundlegenden Entscheidung in RGSt 55, S. 204 ff.

206 ¹⁾ aus:

- 1) Bis zu dieser Entscheidung schwankte die Rechtsprechung des Reichsgerichts; während noch RGSt 2, S. 140 ff. 141 (Urteil vom 28.4.1880), den Täter auch dann bestrafen wollte, wenn er "sich der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welcher sich die Überzeugung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung hätte aufdringen müssen, schuldhaft entzogen hat" - was Bestrafung auch der fahrlässigen Hohlerei bedeutet -, nimmt das Reichsgericht in RGSt 25, S. 221 ff. 222 (Urteil vom 10.4.1894) dahin Stellung, die Formel solle nur darauf hinweisen, "das der Richter ganz nach freiem Ermessen zu beurteilen habe, ob im Hinblick auf die gesamten vorliegenden Umstände anzunehmen sei, daß der Angeklagte das B e w u ß t s e i n von dem strafbaren Erwerb gehabt habe" (demzufolge sieht das Reichsgericht in dieser Entscheidung die Formel nur als eine besondere Hervorhebung des Indizienbeweises im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung an). Erstmals in RGSt 7, S. 85 ff. 87 (Urteil vom 29.9.1882), hatte das Reichsgericht allerdings schon die Auffassung vertreten, die es in der maßgeblichen Entscheidung in RGSt 55, S. 204 ff. wieder aufgegriffen hat, wenn es ausführt: Der Täter wird bestraft, "weil er Umstände kannte, die notwendig zu der Annahme des strafbaren Erwerbs hinführen, und deshalb, wie es das Gesetz gestattet, ohne weiteres anzunehmen ist, daß ihm die letztere nicht unbekannt geblieben sei. Es handelt sich um eine bloße Beweisregel". Nach RGSt 55, S. 204 ff. hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die dort vertretene Auffassung beibehalten; vgl. RGSt 55, S. 214 ff. 215; RGSt 56, S. 160; RGSt 64, S. 4 ff. 5; RG HRR 1941, Nr. 247; RG HRR 1942, Nr. 290.

"Der § 259 sieht zwar auch als Hehler den an, der die strafbare Erlangung der Sachen 'den Umständen nach annehmen muß'. Danach wird aber nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nur eine gesetzliche Beweisregel aufgestellt. Sind Umstände vorhanden, die dem Täter die Überzeugung von der strafbaren Herkunft der Sachen aufdrängen mußten, so erspart das Gesetz dem Richter den mitunter schwierigen Schluß von diesen äußeren Umständen auf das Wissen des Täters und bestimmt, daß es alsdann vermöge gesetzlicher Beweisregel so angesehen werden sollte, als ob dem Täter diese Überzeugung tatsächlich nachgewiesen sei. Wer annehmen mußte, von dem wird kraft Gesetzes vermutet, daß er auch angenommen hat" ¹⁾. Das Reichsgericht will also das "Schlußstück" in der Beweisführung des Hehlervorsatzes bezüglich des strafbaren Vorerwerbs der Sachen durch eine "gesetzliche Beweisregel" ersetzen, die in der Formel "oder den Umständen nach annehmen muß" normiert sein soll ²⁾.

1) Die gesperrt gedruckten Worte sind auch in der Entscheidung so wiedergegeben.

2) Dieser Auffassung hat sich auch der Bundesgerichtshof in BGHSt 2, S. 146 ff. 147 = NJW 1952, S. 554 = LM Nr. 5 (vgl. Lang-Hinrichsen in DRiZ 1960, S. 380 ff., 380), angeschlossen, wenn dort ausgeführt wird, nachdem der Senat auf die Ansicht des Reichsgerichts ausdrücklich eingangs Bezug genommen hatte, daß "der Gesetzgeber mit der Beweisregel die naheliegende Irrtumsausrede des Täters ausschließen wollte, indem er die zur Erkennung des strafbaren Vorerwerbs zwingenden Begleitumstände für die Feststellung des Vorsatzes genügen ließ..... In Wirklichkeit soll mit Hilfe der Beweisregel ein in Beziehung auf den Vorsatz unvollständiges Beweisergebnis bis zur vollen Feststellung des Vorsatzes ergänzt werden". Der Bundesgerichtshof gebraucht also zur Begründung seiner Ansicht dieselben Formulierungen wie das Reichsgericht. Der Bundesgerichtshof vertritt diese Auffassung in ständiger Rechtsprechung, vgl. BGH in NJW 1953, S. 552, und NJW 1955, S. 350 f. 350.

Dem Reichsgericht haben sich ferner angeschlossen: v. Olshausen, zu § 259, Anm. 21; Maurach, B.T., § 42 II A 2 a), S. 357 f.; Schönke-Schröder, § 259, Randnoten 49 f.; Kohlrausch-Lange, § 259 Anm. VI; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, § 259 Anm. 3. S. 319; Mezger-Blei (Lehrbuch II), S. 134; siehe auch die dort und vor allem bei Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff., angegebenen Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung. Aus dem älteren Schrifttum seien genannt: Burger, S. 32; Beling in VglDarstStR 7, S. 92; Kann, S. 41; Westhoff, S. 18; Schlösser, S. 53; Ebell, S. 25; Windel, S. 16; Stempel, S. 36

B. Die Formel als Hinweis auf die freie Beweiswürdigung und den prima facie-Beweis

Im Anschluß an die von der später feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts abweichende Entscheidung in RGSt 25, S. 221 ff., vertreten Bindung ¹⁾ und Nagler ²⁾ die Ansicht, die Formel enthalte "nur einen Hinweis darauf, daß die naheliegenden Irrtumsausreden des Täters durch die zur Erkennung der Bema-
kelung zwingenden Begleitumstände der Tat ... widerlegt werden könne". Der Richter soll also durch die Formel nach dieser Auffassung darauf hingewiesen werden, daß ihm jederzeit der Indizienbeweis offenstehe, um den Angeklagten zu überführen ³⁾. Bockelmann ⁴⁾ führte diese Ansicht weiter und sieht in der Formel - auf ihr als Ausfluß der freien Beweiswürdigung aufbauend - lediglich noch einen Hinweis des Gesetzgebers an den Richter "auf eine, aus dem Recht der freien Beweiswürdigung folgende Möglichkeit, die das Zivilprozeßrecht mit dem Namen prima facie-Beweis benenne". Diese im Strafrecht nicht übliche Beweisilfe sei bei dem Nachweis des Hehlervorsatzes geboten; das Gericht könne, wenn der Angeklagte "trotz nachgewiesener verdächtigster Umstände seine Unwissenheit behauptete und damit eine stereotype Ausflucht gebrauche, eine ebenso stereotype Antwort geben: Das kennen wir!". Auch Wimmer ⁵⁾ gelangt mit Hilfe der von ihm entwickelten 'sog. "Methode der Realfaktoren" zu der Auffassung, daß die Formel "dem Richter eine strenge Methodik angebe, mit der er für das Wissen des Angeklagten - zunächst aus einem begrenzten Indizienbeweis heraus - einen besonders gesicherten Indizienbeweis führen könne, und zwar einen so gesicherten, daß der Angeklagte wirklich (die zu beweisende Kenntnis) gehabt habe". Auch Niese ⁶⁾ erkennt an, daß die Formel in § 259 StGB "weiter nichts als ein Hinweis auf die freie richterliche Beweiswürdigung sei, mit der die Anwendung des prima facie-Beweises nahegelegt werde".

1) Lehrbuch, Bd. I, S. 392, und Normen II, S. 1218 ff.

2) LK-Nagler, Aufl. (1951), § 259 Anm. V, 1.

3) So schon: Villnow, S. 102, S. 12; Schönith, S. 31; Salchow, S. 28; Arnold, S. 55 ff.; Beyer, S. 296 f. 296.

4) So Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1748; ihm stimmen zu: Eb. Schmidt (Lehrkommentar II), Vorbem. zu § 244, Anm. 15, S. 660, und Welzel (seit der 5. Aufl., siehe dort S. 310), und 9. Aufl., S. 356.

5) Wimmer in NJW 1955, S. 321 ff. 323.

6) Niese in JZ 1956, S. 357 ff. 362.

In neuester Zeit hat Henkel ¹⁾ die Ansicht von Niese und Bockelmann als einen wesentlichen Fortschritt begrüßt. Er wendet sich allerdings dagegen, daß die Erscheinung des prima facie-Beweises vom Zivilprozeß auf das "ganz anders strukturierte Strafverfahren" ²⁾ übertragen werde und sieht in der Formel lediglich einen "Hinweis auf einen besonderen Weg des Indizienbeweises unter freier richterlicher Beweiswürdigung" ³⁾.

C. Die Formel als Wiedergabe des dolus eventualis

Eine in der neueren Literatur kaum noch vertretene Auffassung geht dahin, daß die Formel besonders hervorhebe, auch der nur bedingt vorsätzlich handelnde Täter könne nach § 259 StGB bestraft werden. Danach soll durch die Formel lediglich der dolus eventualis sprachlich ausgestaltet worden sein ⁴⁾. Dieser Ansicht wurde häufig noch eine andere gegenübergestellt, die in der Formel lediglich eine "Erweiterung des Wissens" ⁵⁾ sehen wollte ⁶⁾. Genaue Untersuchungen haben jedoch ergeben, daß diese Theorie nicht selbständig ist, sondern von der "dolus eventualis-Theorie" umfaßt wird ⁷⁾. V. Tempelhoff hat sich - soweit ersichtlich - in neuerer Zeit allein dieser Theorie angeschlossen ⁸⁾, verbindet sie aber zudem noch mit der Auffassung, nach der die Formel einen besonderen Hinweis auf die freie richterliche Beweiswürdigung ausdrücken soll; die "Indizienbeweistheorie" ergänze die (materiellrechtliche) "dolus eventualis-Theorie" folgerichtig nach der prozessualen Seite hin.

1) Henkel, S. 588 ff. 587 f.; hierzu Noll in SchwZStr 1962, S. 377 ff. 398.

2) Henkel, S. 589.

3) Hierin liegt auch der Ansatzpunkt von Niese, a.a.O., S. 362.

4) So Waldthausen in GA 29, S. 375 ff. 409; v. Endt, S. 79; Lucas-Dürr, S. 39; v. Schwarze, S. 394.

5) Insbesondere wird dies aus der Gleichgeordnetheit der Worte "weiß" oder "den Umständen nach annehmen muß" gefolgert.

6) So Jantscheff, S. 72, und Centawer, S. 34.

7) Überzeugend v. Tempelhoff, S. 28 f.

8) a.a.O., S. 31 ff.

D. Die Formel als Ausgestaltung fahrlässigen Verhaltens

Schließlich wurde lange Zeit hindurch - angeführt von der frühen Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 2, 140 ff. - die Ansicht vertreten, die Formel begründe eine Bestrafung auch wegen "fahrlässiger Hehlerei". Der Täter habe nämlich in vorwerfbarer Weise ¹⁾, also fahrlässig, unterlassen, aus den verdächtigen Umständen auf den strafbaren Vorerwerb (§ 259 StGB) zu schließen; auch der fahrlässig handelnde Täter sei deshalb strafwürdig ²⁾. Diese Lehre wird heute nicht mehr vertreten. Letztmalig hat Bockelmann sehr überzeugend alle Gründe zusammengefaßt, die gegen eine Bestrafung des "fahrlässig handelnden Hehlers" sprechen ³⁾.

Kapitel 2: Kritik der herkömmlichen Ansichten

A. Die herrschende Meinung

Die herrschende Meinung faßt die Formel als eine "Vermutung" oder "gesetzliche Beweisregel" zuungunsten des Angeklagten auf. Dieser Ansicht kann - wie sich schon aus den Untersuchungen zu § 245 a Abs. 1 StGB ergibt - nicht beigespflichtet werden.

I. Vermutung

Eine Vermutung kann aus denselben Gründen nicht vorliegen, die schon bei der Wendung des § 245 a Abs. 1 StGB zu einer Ablehnung dieses Begriffs geführt haben. Insbesondere fehlt es an einer - vom Gesetz in all ihren Voraussetzungen exakt bestimmten - Vermutungsbasis. Im übrigen kann auf die obigen Ausführungen ⁴⁾ verwiesen werden.

1) Das Reichsgericht, a.a.O., S. 241, spricht von "schuldhaft".

2) Vgl. hierzu die umfassende Literaturübersicht bei v.Tempelhoff, S. 4, die weitere Literaturangaben nicht erforderlich erscheinen läßt.

3) Bockelmann in NJW 1954, S. 1745 ff. 1746.

4) Vgl. oben S. 48 ff.

II. Gesetzliche Beweisregel

Aber auch die gesetzliche Beweisregel kann dem Ergebnis der herrschenden Meinung nicht gerecht werden. Die Formel ist ebenso wie die Wendung des § 245 a Abs. 1 StGB ungeeignet, "ein in Beziehung auf den Vorsatz unvollkommenes Beweisergebnis bis zur vollen Schuld (des Angeklagten) zu ergänzen".

1. Richterliche Feststellungen vor der Formel

Nach der Ansicht des Reichsgerichts ¹⁾ soll der Richter zunächst nach seinem freien Ermessen zu entscheiden suchen, ob dem Angeklagten die kriminelle Zweckbestimmung der von ihm in Verwahrung genommenen Werkzeuge bekannt gewesen war. Hierbei soll er irgendwelchen Einschränkungen in der Wahl der beweisindiziellen "Umstände" nicht unterworfen sein. Damit erkennt das Reichsgericht - wie schon oben bei § 245 a Absatz 1 StGB dargelegt ²⁾ - zutreffend an, daß der Richter ohne Rücksicht auf die Formel, ganz auf seine Überzeugung gestellt und angewiesen, nach der Schuld oder Unschuld des Angeklagten forschen muß. Es obliegt ihm, wie sich aus §§ 155 Absatz 2, 244 Absatz 2 StPO ergibt ³⁾, ex officio alle dem Angeklagten günstigen wie ungünstigen Vorgänge heranzuziehen, um die Wahrheit zu finden. Schließt er diese Untersuchungen mit einem klaren "pro" oder "contra" den Angeklagten ab, so "bedarf" er in keinem Fall der Formel. Das Reichsgericht spricht dies zwar nicht expressis verbis aus; indessen kann es, berücksichtigt man seine weiteren Gründe, nur diesen Schluß gezogen haben. Ansonsten könnte es z.B. nicht von einer "Beweisregel" oder "Vermutung" sprechen, Rechtserscheinungen, die erst dann einsetzen können, wenn der Richter "das Gebiet der freien Beweiswürdigung durchschritten" hat ⁴⁾. Insoweit stimme ich dem Reichsgericht zu.

1) RGSt 55, S. 204 ff. 206.

2) Vgl. oben S. 76, 73 ff.

3) Vgl. oben S. 22; unzutreffend v. Tempelhoff. S. 59

4) Vgl. Rosenberg, a.a.O., S. 197.

2. Richterliche Feststellungen innerhalb der Formel

"Innerhalb" der Formel soll nach dem Reichsgericht - gleichsam als "zweite Phase" der tatrichterlichen Nachprüfung - diese Forschungstätigkeit des Gerichtes fortgesetzt werden. Der Richter soll nämlich "auch über das Vorhandensein von 'Umständen' und darüber, ob sie geeignet waren, dem Täter die Überzeugung von dem strafbaren Vorerwerb (auf § 245 a Absatz 2 StGB übertragen: von der kriminellen Zweckbestimmung der Werkzeuge) aufzunötigen, im Wege der freien Beweiswürdigung zu entscheiden haben" ¹⁾.

Um schon hier einer irrigen Interpretation dieser maßgeblichen Stelle in den reichsgerichtlichen Gründen vorzubeugen, scheint es mir notwendig, auf folgendes hinzuweisen. Die Formulierung des Reichsgerichts, daß der Richter auch darüber zu entscheiden habe, "ob (die Umstände) geeignet waren, dem Täter die Überzeugung (von der kriminellen Zweckbestimmung) aufzunötigen", darf nicht zu der Annahme verleiten, daß der Richter lediglich objektiv geeignete, d.h. einen "Durchschnitts-Angeklagten" überzeugende Umstände festzustellen habe ²⁾. Eine solche Interpretation verkennt, daß das Reichsgericht auf die individuelle Persönlichkeit des Angeklagten abstellen will. Das ergibt sich aus der weiteren Formulierung, daß nämlich nur solche "Umstände geeignet" sind, die "d e m" Täter die vorbezeichnete Kenntnis aufdrängen mußten. Zudem führte eine solche Auslegung der reichsgerichtlichen Gründe dazu, daß die Entscheidung in RGSt 55, S. 204 ff., wieder die "fahrlässige Hehlerei" unter Strafe stellte. Ja mehr noch als dies: während bei der strafrechtlichen Fahrlässigkeit nach der Prüfung des (objektiven) "Erkennensollens" auch noch die des (subjektiven) "Erkennenkönnens" folgt, müßte man sich bei § 259 und § 245 a Absatz 2 StGB allein mit dem

1) RGSt a.a.O.

2) Die meisten Stellungnahmen in der Literatur, die abgekürzt oder auch eingehender die Rechtsprechung des Reichsgerichts wiedergeben oder kommentieren, sprechen nämlich davon, daß der Richter nur "verdächtige Umstände" nachzuweisen habe; es wird aber nirgendwo bemerkt, ob objektive oder subjektive verdächtige Umstände gemeint sind. Das Reichsgericht hätte auch besser daran getan, das Wort "geeignet" nicht zu gebrauchen, weil damit - vor allem in der Sprache der Rechtswissenschaften - jeweils objektive oder objektivierte Kriterien ausgedrückt zu werden pflegen.

objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab begnügen. Somit steht fest, daß auch innerhalb der Formel der individuellen Persönlichkeit des Angeklagten (nach dem Grade seiner Intelligenz, Auffassungsgabe, Menschenkenntnis, Erfahrung oder Un- erfahrenheit bei verbrecherischen Vorgängen usw.) Rechnung getragen werden muß.

3. Ist die Ansicht der h.M. brauchbar?

Diese Ansicht des Reichsgerichts und damit die h.M. ist in sich widerspruchsvoll. Sie hebt sich gleichsam selbst auf und gibt dem Richter eine "Beweishilfe", die wegen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung gar keine sein kann.

Wenn nämlich der Richter sowohl vor als auch innerhalb der Formel nach denselben Grundsätzen der freien Beweiswürdigung einerseits und der richterlichen Nachforschungspflicht andererseits, also unter denselben Bedingungen, den Tatsachenstoff prüfen soll, so muß er in jedem Fall zu demselben Ergebnis kommen: zweifelt er vor der Formel an der indiziellen Wirkung der einzelnen Vorgänge bei der Tat (= "Umstände"), die er dort im Rahmen des Indizienbeweises unter freier richterlicher Überzeugungsbildung zu berücksichtigen gezwungen ist, so muß er auch innerhalb der Formel, wenn sich diese "Vorgänge" in "Umstände" zwar sprachlich, aber sachlich unterschiedslos verwandelt haben, zu derselben inneren Einstellung bezüglich der "Umstände" kommen; zweifelt er in- dessen nicht oder nicht mehr, so muß er auch innerhalb der Formel diesen inneren Vorgang erleben.

Auch eine einschränkende Auslegung des Begriffs "Umstände", wie sie von dem Reichsgericht vorgenommen und von einigen Autoren befürwortet wird, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Nach Ansicht des Reichsgerichts sollten innerhalb der Wendung, also in der zweiten Phase der tatrichterlichen Nachforschungen eigene Handlungen des Täters und auch solche Umstände ausscheiden, die nach der Tat liegen, weil sie nicht "von außen her" bzw. "nicht zur Zeit der Tat" die verbrecherische Willensbildung des Täters beeinflusst haben können¹⁾. Diese einschränkende Funktion der Umstände konnte

1) RGSt 55, S. 204 ff. 206 f.; Maurach, B.T., § 42 II A 2 a, S. 358, im übrigen vgl. oben S. 79 ff.

in § 245 a Absatz 1 StGB nicht berücksichtigt werden ¹⁾, könnte jedoch wiederum bei der Formel des § 245 a Absatz 2 StGB herangezogen werden. Hier handelt es sich nämlich wie bei § 259 StGB darum, ob der Täter (und nicht der Richter!) bei der Verwahrung der Diebeswerkzeuge auf deren kriminelle Zweckbestimmung geschlossen hat ("obwohl er den Umständen nach annehmen mußte....").

Eine unterschiedliche, die Überzeugung des Richters innerhalb der Formel einschränkende Beweiswürdigung kann indessen durch den so eingeeengten Begriff "Umstände" nicht erreicht werden. Vielmehr müßte sich die einschränkende Auslegung zugunsten des Angeklagten auswirken. Die Umstände sollen nämlich Grundlage der Beweisregel sein. Beschränkt man sie, so engt man auch den Nachweis der kriminellen Zweckbestimmung ein. Es soll aber - auch nach der Auffassung des Reichsgerichts - gerade nicht Aufgabe der Beweisregel sein, die Stellung des Angeklagten zu verbessern.

Aus diesen Gründen wird die Ansicht des Reichsgerichts und damit die herrschende Meinung von vielen als "unhaltbar" ²⁾, unverständlich, in sich widerspruchsvoll und nicht weiterführend bezeichnet ³⁾.

4. Ergebnis

Der Formel kann nach der h.M. keine selbständige Funktion zukommen. Auch wenn der Richter sie anwendet, kommt er zu keinem anderen Ergebnis, wie wenn er - allein auf seine freie Überzeugungsbildung angewiesen - den gesamten Prozeßstoff aufklärt. Sie könnte allenfalls als ein besonderer Hinweis auf die Möglichkeit des Indizienbeweises unter freier richterlicher Überzeugungsbildung verstanden werden.

1) Vgl. oben S. 80 f.

2) So Niese in JZ 1956, S. 357 ff. 360.

3) In neuerer Zeit vor allem Henkel, S. 590 f. mit zahlreichen Hinweisen.

B. Wiedergabe des dolus eventualis

Dieser Ansicht kommt heute keine Bedeutung mehr zu, nachdem auch v. Tempelhoff als ihr letzter Verfechter das Gewicht vor allem auf die freie Beweiswürdigung und damit auf den prima facie-Beweis verlagert hat. Ihr kann auch nicht zugestimmt werden. Sowohl der Wille des Gesetzgebers als auch der Wortlaut des Gesetzes sprechen dafür, daß eine Beweishilfe für den Richter geschaffen werden sollte. Ein Hinweis auf den dolus eventualis kann dem nicht gerecht werden, zumal der bedingte Vorsatz im Jahre 1933 schon seit nahezu sechzig Jahren anerkannt war ¹⁾ und es keines besonderen Hinweises mehr bedurft hätte.

C. Die prima facie-Beweistheorie

Allein die Auffassung, nach der in der Formel ein besonderer Hinweis auf die Grundsätze des prima facie-Beweises zum Ausdruck kommt, kann dem Wortlaut des Gesetzes und auch dem Willen des Gesetzgebers gerecht werden. Mit den Argumenten, die gegen diese Ansicht sprechen, habe ich mich bereits oben ²⁾ auseinandergesetzt. Dort wurde diese Auffassung auch im einzelnen begründet. Irgendwelche Gründe, nach denen die Wendung und die Formel unterschiedlich auszulegen sind, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil: die amtliche Begründung zum Gewohnheitsverbrechergesetz ³⁾ zeigt, daß in beiden Absätzen des § 245 a StGB dieselben Beweiserleichterungen geschaffen werden sollten.

Teil II: Sind die Wendung und die Formel sowie die Tatbestände des § 245 a StGB insgesamt mit unseren rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar?

Im folgenden soll untersucht werden, ob die Wendung und die Formel sowie die Tatbestände des § 245 a StGB insgesamt mit

1) Vgl. v. Liszt (1884), § 39, S. 156 ff. 159.

2) Vgl. oben S. 83 ff.

3) Vgl. DRAnzPreußStAnz vom 27.11.1933, S. 2 f.

unserer Verfassung und mit unseren heutigen rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar sind.

Abschnitt 1: Die Wendung und die Formel

Die Wendung und die Formel des § 245 a StGB geben zu keinen Bedenken der vorerwähnten Art Anlaß. Sie enthalten lediglich einen Hinweis auf die Möglichkeit des prima facie-Beweises. Diese Art der Beweisführung ist auch im Strafverfahren statthaft, wenn beim Auffinden des "typischen Geschehensablaufes" die individuelle Persönlichkeit des Angeklagten berücksichtigt wird. Sie bietet sich wegen der Natur der Tatbestände als strafbare Vorbereitungshandlung dem in der Praxis erfahrenen Richter ohnehin an.

Durch die Wendung und die Formel werden Rechte des Angeklagten nicht beeinträchtigt. Insbesondere wird der das Strafverfahren beherrschende Grundsatz "in dubio pro reo" in vollem Umfange gewahrt: der Richter muß auch den nach § 245 a StGB Angeklagten freisprechen, wenn er sich von dessen Schuld nicht zu überzeugen vermag. Die Wendung und die Formel sind nicht darauf gerichtet, ja nicht einmal geeignet, dem Richter eine Überzeugung aufzunötigen oder ihn zu einem "in dubio contra reum" zu zwingen. In gleicher Weise werden auch sonstige strafrechtliche oder strafprozessuale rechtsstaatliche Grundsätze nicht verletzt.

Demnach stehen die Wendung und die Formel mit dem Grundgesetz und allen anderen höherrangigen rechtsstaatlichen Grundsätzen in Einklang. Sie sind verfassungsmäßig.

Abschnitt 2: Die Tatbestände des § 245 a StGB insgesamt

Indessen könnte man gegen die Tatbestände des § 245 a StGB rechtsstaatliche Bedenken mit der Begründung herleiten, daß das in ihnen umschriebene Verhalten nach unserer Strafrechtsordnung nicht unter Strafe gestellt werden darf. Diese Bedenken zielen alle darauf ab, daß in § 245 a StGB die Strafbarkeit und damit die Strafe als stärkstes Sanktionsmittel der Rechtsgemeinschaft in das Stadium der Verbrechensvorbereitung vor-

verlegt wird; die bloße, noch weit von der irreparablen Rechtsgutsverletzung entfernte Rechtsgutsgefährdung soll bereits strafwürdig sein. So können sich die Bedenken auf vier Gründe stützen. Einmal könnte unser Strafrecht als Tatstrafrecht die Strafbarkeit des in § 245 a StGB umschriebenen Verhaltens verbieten. Zum anderen könnte in § 245 a StGB ein allein auf die Gefährlichkeit des Täters abzielendes "Gefährlichkeitsstrafrecht" normiert sein. Eng damit in Zusammenhang steht der Vorwurf, daß im Falle des § 245 a StGB eine Strafe ohne Schuld ausgesprochen werde, wodurch der Gedanke des Schuldstrafrechts verletzt werde. Schließlich könnte der Besitz von Diebeswerkzeugen weder der Strafe bedürfen noch Strafe verdienen und somit auch nicht strafwürdig sein. Im Folgenden werde ich mich mit diesen Bedenken auseinandersetzen.

Kapitel 1: Tatstrafrecht - Gesinnungsstrafrecht

Für unsere Strafrechtsordnung ist die Tat, der Außenwelterfolg der Tathandlung, Anknüpfungspunkt für die Strafe. Die Tat als Erfolg in der Außenwelt steht im Vordergrund jeder strafrechtlichen Betrachtung ¹⁾. Die Tatbestände des § 245 a StGB verlangen einen solchen Erfolg nicht; allein der Besitz von Diebeswerkzeugen, die zu kriminellen Zwecken bestimmt sind, wird für strafbar erklärt. Dabei brauchen noch keine Ausführungshandlungen, durch die eine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung begründet wird, vorzuliegen. Sollte durch § 245 a StGB etwa nur die verbrecherische Gesinnung unter Strafe gestellt sein?

Ein solcher Austausch der Tat - als Objekt der staatlichen Strafsanktion - mit der bloßen verbrecherischen Gesinnung wäre rechtsstaatlich kaum zu rechtfertigen. Der Gesinnungswert kann nämlich, wie Noll überzeugend ausführt ²⁾, "für sich allein keine Rechtswidrigkeit" und deshalb auch keine Strafbarkeit begründen. Darüber hinaus verlangt § 1 StGB ausdrücklich eine "Handlung", ein Geschehen also, und nicht nur eine

1) Vgl. hierzu Baumann, § 3 III 3, S. 22 ff. unter Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung des "Tatstrafrechts" im Verhältnis zum "Täterstrafrecht".

2) Vgl. Noll (Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe), S. 35.

"Gesinnung", nicht nur eine innere Haltung. Aber soll denn mit § 245 a StGB eigentlich nur die verbrecherische Gesinnung bestraft werden?

Der Vorbestrafte und ebenso seine Helfer haben natürlich eine verbrecherische Gesinnung, wenn sie die in ihrem Besitz befindlichen Werkzeuge bei strafbaren Handlungen verwenden wollen. Aber ihre verbrecherische Intensität geht noch über diese Gesinnung hinaus. Durch den Besitz und die Zweckbestimmung dieser Werkzeuge nämlich schaffen sie vorwerfbar und deshalb schuldhaft einen für zahlreiche Rechtsgüter ¹⁾ gefährlichen Zustand oder halten einen solchen Zustand zumindest aufrecht. Die Tathandlung erschöpft sich demnach nicht in der rechtsfeindlichen Gesinnung, sondern erstreckt sich auch auf eine Gefährdung der Rechtsgüter anderer. Es ist nicht etwa so, daß sich das in § 245 a StGB umschriebene Verhalten allein auf einen inneren Vorgang, auf eine "gedankliche Verbrechensverwirklichung", beschränkt; vielmehr soll mit Werkzeugen, die bereits angeschafft, bereitgehalten und jederzeit eingesetzt werden können, ein Angriff auf Eigentum und Gewahrsam, Leben und Gesundheit geführt werden. Von einem Gesinnungsstrafrecht, einem Strafrecht, das den Satz "Die Gedanken sind frei" einengen will, kann deshalb keine Rede sein. Das kriminelle Verhalten geht über verbrecherische Gedanken und Tatpläne hinaus.

Kapitel 2: Gefährlichkeitsstrafrecht

Dem ersten Einwand, in § 245 a StGB sei in unzulässiger Weise Gesinnungsstrafrecht normiert, konnte mit dem Argument begegnet werden, daß zu der verbrecherischen Gesinnung noch eine Rechtsgutsgefährdung hinzutrete. Der zweite Einwand knüpft an den ersten an und geht dahin, daß die Gefährdung allein die Strafandrohung noch nicht rechtfertigen könne. Können auch diese Bedenken ausgeräumt werden?

Ein Blick auf die Tatbestände unseres Strafgesetzbuches zeigt, daß neben den Verletzungsdelikten eine ganze Reihe von sog.

1) "Diebeswerkzeuge" sind - wie sich aus dem Wortlaut "zur Verwendung bei strafbaren Handlungen bestimmt ist" - nicht nur zum Diebstahl geeignete Werkzeuge, vgl. im einzelnen oben S. 18.

"Gefährdungsdelikten" aufgenommen sind (vgl. z.B. §§ 221, 306, 313, 315 c, 366 Ziff. 2 StGB). Bei allen diesen Delikten ist es nicht erforderlich, daß das gefährdende Verhalten zu einem Verletzungserfolg führt. Allein die bloße Rechtsgutsgefährdung löst die Strafreaktion aus. Das Gesetz wartet nicht erst die Verletzung ab, sondern bestraft schon dann, wenn der Täter eine Lage geschaffen hat, in der Rechtsgutsverletzungen wahrscheinlich und zu erwarten sind.

A. Abstrakte Gefährdungsdelikte

Gegen ein solches "Gefährlichkeitsstrafrecht" werden indessen rechtsstaatliche Bedenken nur erhoben, wenn bereits ein Verhalten, das generell oder rein abstrakt gefährlich erscheint, eine Strafe begründen oder erhöhen soll (sog. "abstrakte Gefährdungsdelikte"). Bereits Binding ¹⁾ hat gefordert, daß durch die echten kriminellen Gefährdungsdelikte eine konkrete Gefahr begründet sein müsse; anderenfalls stütze sich die Strafandrohung auf eine Präsumtion oder Fiktion, was sich bei echten kriminellen Straftaten verbiete. In neuerer Zeit haben Arthur Kaufmann ²⁾, Stree ³⁾ und Schönke-Schröder ⁴⁾ diese Bedenken wieder aufgegriffen. Nach ihrer Ansicht werde der unser Strafrecht beherrschende Schuldgrundsatz bei "abstrakten Gefährdungsdelikten" verletzt, weil auch die Schuld des Täters unwiderleglich vermutet oder sogar fingiert werde; zumindest müsse der Gegenbeweis zugelassen werden, daß eine von der jeweiligen Strafnorm fingierte Gefährdung bei dem zur Entscheidung stehenden Fall ausnahmsweise nicht vorgelegen habe ⁵⁾. Vor allem hat Lang-Hinrichsen ⁶⁾ unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ⁷⁾, Schweikerts ⁸⁾ Lehre vom "riskanten Verhalten" sowie auf andere Strömungen in der heutigen Strafrechtspraxis und strafrechtlichen Literatur, die den Schuldgedanken vergrößern oder sogar aufheben, davor gewarnt, die Schuldidee zu durchlöchern und den unerschütterlichen Grundsatz des Schuldstrafrechts zu verletzen.

1) Binding (Lehrbuch II), S. 3 ff.

2) Arth. Kaufmann in JZ 1963, S. 425 ff. 432.

3) Stree in JuS 1962, S. 93 ff. 95 f.

4) Schönke-Schröder, § 227, Randnote 1, S. 984; vgl. auch Baumann, § 10 1 b, S. 95.

5) Vgl. Schönke-Schröder a.a.O.

6) Lang-Hinrichsen in ZStW 73, S. 211 ff. 214 ff.

7) BGHSt 10, S. 259; BGH JR 1959, S. 28; Lang-Hinrichsen, a.a.O. S. 211 ff.

8) Schweikert in ZStW 70, S. 394 ff.

Gegen die Bestrafung von Gefährdungstatbeständen, die eine (nachgewiesene) konkrete Gefährdung verlangen, sind indessen - soweit ersichtlich - keine rechtsstaatlichen Bedenken geltend gemacht worden. Hierfür bieten sich auch keine Anhaltspunkte.

B. Abstrakte oder konkrete Gefährdung?

Demnach erhebt sich die Frage, ob die Tatbestände des § 245 a StGB unter die Kategorie der "abstrakten" oder aber die der "konkreten Gefährdungsdelikte" einzuordnen sind. Diese Frage ist bisher kaum behandelt worden. Jagusch ¹⁾ spricht lediglich von "Gefährdungsdelikt", ohne auf die unterschiedliche Art dieses Deliktstypus einzugehen. Frank-Schäfer-Dohnanyi ²⁾, Rietzsch ³⁾ und Gersbach-Zirpius-Schulz ⁴⁾ beschränken sich auf die Feststellung, daß es sich um eine "zum Sonderdelikt erhobene typische Vorbereitungshandlung handle". In gleicher Weise läßt Maurach ⁵⁾ den Hinweis genügen, § 245 a Absatz 1 StGB enthalte eine "vermutete Vorbereitungshandlung", Absatz 2 hingegen eine "vermutete Gefährdungshandlung". Allein Schröder ⁶⁾ hat sich mit der Deliktsart eingehend auseinandergesetzt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß beide Tatbestände bei eigentlichen Diebeswerkzeugen ⁷⁾ als abstrakte Gefährdungsdelikte, bei uneigentlichen Diebeswerkzeugen ⁸⁾ als konkrete Gefährdungsdelikte aufzufassen seien.

Bevor im einzelnen untersucht wird, welcher dieser Unterfälle des Gefährdungsdeliktes vorliegt, sei zuvor der differenzierenden Ansicht Schröders widersprochen. Die hier vertretene Ansicht, daß sowohl die Wendung als auch die Formel lediglich einen Hinweis auf die freie richterliche Beweiswürdigung und

1) LK-Jagusch, § 245 a, Anm. 1, S. 354.

2) Frank-Schäfer-Dohnanyi, S. 75.

3) Dietzsch in DJ 1933, S. 741 ff. 745.

4) Gersbach-Zirpius-Schulz, § 245 a Anm. A, S. 347.

5) Maurach, B.T., § 26 VII 1, S. 222.

6) Schönke-Schröder, § 245 a, Randnote 2, S. 1062, und Schröder in NJW 1959, S. 1903 ff. 1905.

7) Vgl. oben S. 12.

8) Vgl. oben S. 13.

insbesondere auf die Möglichkeit des prima facie-Beweises zum Ausdruck bringen ¹⁾, läßt für diese Unterteilung in eigentliche und uneigentliche Diebeswerkzeuge keinen Raum. Bei allen Arten von Diebeswerkzeugen ist dem Angeklagten nämlich nachzuweisen, daß er die Werkzeuge zu kriminellen Zwecken verwenden wollte oder um diese Zweckbestimmung gewußt hat. Dieser Beweis erübrigt sich nicht etwa bei eigentlichen Diebeswerkzeugen, wenn bei ihrem Besitz auch die "Umstände" eher als bei den uneigentlichen Diebeswerkzeugen auf eine kriminelle Zweckbestimmung schließen lassen. Da aber gerade das Merkmal der Verwendungsbestimmung darüber entscheidet, ob ein abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikt vorliegt, ist die Natur der Diebeswerkzeuge insoweit unerheblich.

Zunächst kann festgehalten werden, daß es sich bei § 245 a StGB um ein Gefährdungsdelikt handelt: eine Rechtsgutsverletzung, eine irreparable Werteinbuße wird tatbestandsmäßig nicht vorausgesetzt. Welcher Unterfall dieser Deliktsart liegt aber vor? Die konkreten Gefährdungsdelikte unterscheiden sich von den abstrakten dadurch, daß bei den ersteren eine Gefährdung zum Tatbestand gehört und in jedem Falle nachgewiesen werden muß, während das Gesetz bei den letzteren einen solchen Nachweis nicht verlangt, sondern die Gefährdung (abstrakt) unwiderleglich vermutet oder fingiert ²⁾. Wie bereits bei der vorstehenden Auseinandersetzung mit Schröders Ansicht bemerkt, muß die Gefährdung in § 245 a StGB (nämlich die kriminelle Zweckbestimmung der Werkzeuge) in jedem Falle (konkret) vorliegen und dem Angeklagten nachgewiesen werden. Folglich kann man nicht von einer abstrakten, sondern nur von einer konkreten Gefährdung, also einem "konkreten Gefährdungsdelikt" sprechen.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, die in § 245 a StGB unter Strafe gestellte Gefährdung sei noch so weit von

-
- 1) Dieser Ansicht widerspricht auch Schröder nicht, wenn er es auch ablehnt, den "typischen Geschehensablauf" allein unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Angeklagten aufzufinden, vgl. Schröder in NJW 1959, S. 1903 ff. 1904.
- 2) Vgl. Maurach, A.T. § 20 III 3, S. 201; Schönke-Schröder, Vorbemerk. 148 vor § 1, S. 49.

der eigentlichen Rechtsgutsverletzung entfernt, daß man nur von einer abstrakten Gefährdung sprechen könne; der Täter könne nämlich seinen Entschluß, die Werkzeuge zu kriminellen Zwecken zu verwenden, noch vor dem unmittelbaren Angriff auf das Rechtsgut aufgeben oder sonst von seinem Vorhaben abgebracht werden. Es kommt hinsichtlich der Abstraktheit der Gefährdung nicht darauf an, in welchem Umfang und mit welcher (mehr oder weniger großen) Wahrscheinlichkeit das Rechtsgut gefährdet ist. Vielmehr ist allein darauf abzustellen, ob das in dem jeweiligen Tatbestand umschriebene gefährdende Verhalten zum Tatbestand gehört und demnach auch nachgewiesen werden muß. Dies ist aber vorliegend der Fall.

Demnach kann auch der Einwand, die Tatbestände des § 245 a StGB enthielten eine unwiderlegliche oder fingierte Gefährdung und verstießen damit gegen das Schuldprinzip, nicht durchgreifen.

Kapitel 3: Schuld und Tätergefährlichkeit

Ferner könnten gegen den Tatbestand des § 245 a Abs. 1 StGB rechtsstaatliche Bedenken dahin geltend gemacht werden, daß die Strafandrohung allein an die in der Person des Täters begründete Gefährlichkeit anknüpfe und somit das Schuldstrafrecht durch ein Täterstrafrecht ersetze: Die Vorbestraftheit des Täters wirkt strafbegründend.

Bestrebungen, die Gefährlichkeit des Täters als Maßstab des Strafens zu verwerten, hat es von jeher gegeben. Insbesondere die von Kollmann ¹⁾ und Tesar ²⁾ begründete Lehre vom "symptomatischen Verbrechensbegriff", nach der die verbrecherische Handlung nur als Anzeige, als "Symptom" für einen Täterzustand (nämlich die latente Gefährlichkeit) sein soll, die Bestrebungen Grünhuts ³⁾, die strafrechtliche Schuld in die Tätergefährlichkeit zu verlagern, und schließlich in neuerer Zeit

1) Kollmann in ZStW 28, S. 449 ff.

2) Tesar in ZStW 29, S. 82 ff.

3) Grünhut in AschZ 1926, S. 87 ff.

die Lehre vom "Défense sociale" ¹⁾ sind Exponenten dieses Täterstrafrechts. Wie Noll überzeugend nachweist ²⁾, nimmt jedoch ein "Strafrecht, für welches das Verbrechen nur ein Symptom für eine sich in Zukunft auswirkende Gefährlichkeit des Täters darstellt den Schutz der Rechtsordnung zu leicht und unterhöhlt seine eigenen Grundlagen".

Mit unserem heutigen Strafrechtsdenken ist allein das Schuldstrafrecht vereinbar ³⁾. Dies zeigen insbesondere die Vorarbeiten zum Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches. Die große Strafrechtskommission hat bereits zu Anfang ihrer Tätigkeit einstimmig beschlossen, daß die Strafe der Schuld des Täters entsprechen soll und daß die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf ⁴⁾. Auch wenn bereits in E 1959 der vorgenannte Zusatz nicht aufrechterhalten wurde und statt dessen in E 1960 und E 1962, § 60 Abs. 1, lediglich bestimmt ist: "Grundlage für die Strafzumessung ist die Schuld des Täters" ⁵⁾, so ändert dies doch nichts an der Tatsache, daß der das Schuldstrafrecht beherrschende Grundsatz auch der des künftigen deutschen Strafrechts sein soll ⁶⁾.

Indessen kann der Ansicht, daß in § 245 a Abs. 1 StGB das Schuldstrafrecht über die Grenze der Rechtsstaatlichkeit hinaus außer acht gelassen wird und nur das Täterstrafrecht als Strafgrundlage dient, nicht beigespflichtet werden. Es trifft zwar

1) Hierzu Noll, S. 13, mit erschöpfenden Hinweisen in Fußnote 26; ebenfalls Lang-Hinrichsen in JR 1965, S. 201 ff., 203.

2) Noll, S. 18

3) Vgl. Maurach, § 5, S. 45 ff., und § 30, S. 297; Baumann, § 23, S. 334 ff.

4) So E 1959 I, S. 2 Satz 2; vgl. Lang-Hinrichsen in GA 1957, S. 1 ff. 12 und seine zusammenfassende Darstellung über die bisherigen Stellungnahmen zum Schuldgrundsatz im Rahmen der Strafrechtsreform in JR 1965, S. 201 ff., 202 ff.

5) Lang-Hinrichsen (Gutachten), S. 56 ff., 71 ff., übt unter Beifall der Rechtslehre (vgl. Baumann, § 23 I 1, S. 334 f.) berechtigte Kritik; vgl. auch Lang-Hinrichsen in ZStW 73, S. 210 ff. 227.

6) Vgl. Amtliche Begründung zu E 1962, Einleitung vor § 1 unter B I, S. 96 ff., und zu § 60, S. 180 ff.

zu, daß nur ein Vorbestrafter Täter sein kann, daß also inso-
weit die Vorbestraftheit strafbegründend wirkt.

Einmal berücksichtigt aber unser geltendes Strafrecht auch in
zahlreichen anderen Bestimmungen die Gefährlichkeit des Täters
als strafbegründend (gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Beschäf-
tigung, z.B. in §§ 180, 302 e StGB) oder will einen bestimmten,
für die Rechtsgemeinschaft besonders gefährlichen Tätertyp
treffen (vgl. §§ 181 a, 361 Nr. 3 StGB). Auch in den Rückfall-
verschärfungen (vgl. §§ 244, 250 Abs. 1 Nr. 5, 264 StGB) sowie
in den Strafverschärfungen (vgl. §§ 260, 292 Abs. 3 StGB) kommt
der gleiche Gedanke zum Ausdruck. Dabei handelt es sich nicht
etwa nur um Strafbestimmungen, die der nationalsozialistische
Gesetzgeber auf Grund seiner Vorstellungen von Strafe und
Schuld in das Strafgesetzbuch aufgenommen hat. Dies beweist
z.B. die Vorschrift des § 302 e StGB, die bereits durch das
"Gesetz betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher"
vom 19. 6. 1893 (RGBI, S. 197) in das Strafgesetzbuch einge-
fügt worden ist.

Zum anderen - und darin sehe ich das entscheidende Argument -
wird der nach § 245 a Abs. 1 StGB Angeklagte nicht allein des-
halb bestraft, weil er ein "gefährlicher Vorbestrafter" ist.
Das Gesetz macht es ihm doch in erster Linie zum Vorwurf, daß
er wiederum verbrecherisch tätig werden will und daß er schon
wieder vorsätzlich einen den Rechtsfrieden bedrohenden gefähr-
lichen Zustand geschaffen hat und aufrechterhält. Diese ver-
brecherische Intensität wird ihm vorgeworfen. Die Strafandro-
hung soll ihn von einem erneuten kriminellen Tätigwerden ab-
halten und, wenn er sich dennoch darüber hinwegsetzt, ihn sei-
ner gerechten Strafe zuführen.

Gerade der Blick auf die entsprechenden Bestimmungen der Straf-
rechtskodifikationen anderer Länder ¹⁾, insbesondere Englands
und Frankreichs, denen man eine rechtsstaatsfeindliche Straf-
rechtspflege nicht vorwerfen kann, sowie der Hinweis auf die
deutschen Landesstrafrechte des vergangenen Jahrhunderts ²⁾ las-
sen erkennen, daß die Strafandrohung des § 245 a Abs. 1 StGB
durchaus zu rechtfertigen ist.

1) Vgl. oben S. 33 ff.

2) Vgl. oben S. 31 ff.

Demnach liegt auch insoweit kein Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit vor.

Kapitel 4: Strafwürdigkeit

Schließlich ist die Vorschrift des § 245 a StGB dahin nachzuprüfen, ob das in ihr tatbestandsmäßig als "typische Unrechthandlung" umschriebene Verhalten überhaupt (schon) unter Strafe gestellt werden kann. Insbesondere wird dabei von entscheidender Bedeutung sein, daß die Bestimmung die Strafbarkeit in das an sich straffreie Stadium der bloßen Verbrechensvorbereitung ververlegt. Sollte sich dabei ergeben, daß die Vorschrift des § 245 a StGB strafunwürdiges Verhalten unter Strafe stellt, so könnte sie mit unseren Vorstellungen von einer rechtsstaatlichen Strafrechtsordnung und Strafrechtspflege nicht gerechtfertigt werden, ähnlich etwa wie eine Strafnorm, die das Tragen grüner Anzüge oder das Züchten von gelben Rosen mit Strafe bedrohte.

Diese Beispiele sind bewußt extrem und überspitzt gewählt. Ihr Vergleich mit dem in § 245 a StGB unter Strafe gestellten Verhalten läßt unschwer erkennen, daß hier die Entscheidung weit schwieriger, wenn nicht sogar unmöglich sein wird. An welchen Maßstäben soll denn eigentlich die Strafwürdigkeit gemessen werden, welche Faktoren sollen sie bestimmen?

Diesen Fragen kommt gerade heute bei den zahlreichen Diskussionen über den vorliegenden Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962) besondere Aufmerksamkeit zu. Sie werden immer angesprochen oder schwingen zumindest mit, wenn sich die rechtswissenschaftliche Literatur oder aber auch die öffentliche Meinung damit auseinandersetzt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang bisher unter Strafe gestellte Tatbestände aufgegeben oder neue Tatbestände in den Verbrechenskatalog eingefügt werden sollen. Es zeigt sich aber jeweils, daß keiner der Diskussionspartner seine Vorschläge auf absolut sichere Kriterien stützen kann.

Dennoch hat es nicht an Versuchen gefehlt, den Rahmen strafwürdigen Verhaltens von dem Raum des Straffreien abzugrenzen. Hier ist besonders Sax zu nennen, der mit den Merkmalen

"Strafe-Bedürfen" und "Strafe-Verdienen" ¹⁾ hinreichend sichere Maßstäbe aufgefunden zu haben glaubt. Das Kriterium "Strafe-Bedürfen" bedeutet danach, daß jede Kriminalstrafe als stärkstes staatliches Sanktionsmittel eine dem Grade ihres Eingriffes in die Persönlichkeitsrechte entsprechende schwere Verletzung von Rechtsgütern als Proportionalitätsfaktor voraussetze; daraus soll weiter zu folgern sein, daß die Strafe nicht verhängt werden dürfe, wenn ein weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung stehe ²⁾. Aus dem Wesen der Strafe ergebe sich ferner eine "massive sittliche Mißbilligung" für den von ihr Betroffenen ³⁾; es müsse demnach immer danach gefragt werden, ob man den Betroffenen dieser sozialethisch deskriminierenden Wirkung aussetzen dürfe, ob er "Strafe verdiene" ⁴⁾.

Allein schon eine nur flüchtige Auseinandersetzung mit diesem "doppelten Wertbezug" der Strafe und ein Blick auf die sicher nur individuell ausfüllbaren, die beiden Merkmale umschreibenden Begriffe lassen erkennen, daß die Strafwürdigkeit immer nur als relative Größe verstanden werden kann. Gallas hat dies in neuester Zeit in seiner bei der 578. Jahresfeier der Universität Heidelberg am 28. 11. 1964 gehaltenen Rektoratsrede überzeugend nachgewiesen ⁵⁾. Nachdem er alle nur möglichen Ansatzpunkte, die zu den Grenzen der Strafwürdigkeit führen könnten, untersucht hat ⁶⁾, gelangt er schließlich zu der Auffassung, daß "es nur eine relative sachliche Begriffsbestimmung des Verbrechens" geben ⁷⁾ und daß "nicht generell und allgemeingültig gesagt werden kann, was strafwürdig sei". Im übrigen kann hier auf die sehr eingehende Darstellung von Gallas verwiesen werden ⁸⁾.

Unter diesen Gesichtspunkten wird es schwer sein, insoweit gegen die Tatbestände des § 245 a StGB Bedenken herzuleiten. In

1) Sax, S. 925.

2) Vgl. Sax, S. 925.

3) Vgl. hierzu insbesondere Noll, S. 3, 8 und 18.

4) Vgl. Sax, S. 924, 927.

5) Gallas in Hdbg. Jahrb. 1965 (Bd. IX), S. 1 ff.

6) Gallas a.a.O., S. 1 ff., 3 ff., 6 ff., 8 ff., 11 ff.

7) Gallas a.a.O., S. 14.

8) Gallas a.a.O., S. 15.

der Tat sprechen mehr Argumente für die Strafwürdigkeit des in dieser Bestimmung umschriebenen Verhaltens als gegen deren Rechtsstaatlichkeit.

Zunächst sind die in § 245 a StGB unter Strafe gestellten Verhalten zweifelsfrei sozial mißbilligenswert. Wer bereits Werkzeuge angeschafft hat, im Besitz hat oder für einen anderen bewahrt, mit dem festen Vorsatz oder jedenfalls mit der Kenntnis, daß diese Werkzeuge bei der Begehung von Verbrechen benutzt werden sollen, handelt bereits in verwerflicher Weise gegenüber seinen Rechtsgenossen und bedroht in gefährlicher Weise den Rechtsfrieden. Es ist verständlich, daß das Gesetz bereits auf diese kriminelle Betätigung reagiert, um einer weiteren Gefährdung und vor allem der irreparablen Rechtsgutsverletzung zuvorzukommen.

Zum anderen zeigt die rechtsgeschichtliche Entwicklung ¹⁾, daß die Bedrohung des Rechtsfriedens in der durch § 245 a StGB gekennzeichneten Form von jeher als strafwürdig angesehen wurde; es handelt sich nicht etwa nur um nationalsozialistisches Gedankengut, das heute in unserer freiheitlichen Rechtsordnung keinen Platz mehr beanspruchen kann.

Vor allem verhilft der Blick auf die Strafrechtskodifikationen anderer Länder zu der Überzeugung, daß die in § 245 a StGB ausgesprochenen Strafsanktionen nicht als strafunwürdig bezeichnet werden können. Wenn andere Rechtskreise, in denen andere kulturelle, wirtschaftliche und soziale Umstände herrschen und in denen unterschiedliche moralische Wertmaßstäbe gesetzt sind, die sich aber ebenfalls eine rechtsstaatliche Verfassung gegeben haben und diese schützen, das gleiche Verhalten mit Strafe bedrohen, so ist doch offenbar, daß sich die deutsche Strafvorschrift nicht in dem nach unseren Vorstellungen von Strafe und Schuld straffreien Raum befindet. So sind auch bisher keine Stimmen laut geworden, die - auf den Gedanken der Strafwürdigkeit gestützt - verfassungsrechtliche oder rechtsstaatliche Bedenken gegen § 245 a StGB erhoben haben. In gleicher Weise werden die Tatbestände der § 49a, 151, 296 StGB, die bereits verbrecherische Vorbereitungshandlungen unter

1) Vgl. oben S. 31 ff.

Strafe stellen, nicht aufgegriffen. Von einer disproportionalen Unverhältnismäßigkeit zwischen vorwerfbarem Verhalten und Strafandrohung kann man bei § 245 a StGB nicht sprechen.

Abschnitt 3: Ergebnis

Die vorstehenden Untersuchungen haben zu dem Ergebnis geführt, daß sowohl die Wendung und die Formel als auch die in § 245 a StGB normierten Tatbestände insgesamt mit unseren heutigen rechtsstaatlichen, strafrechtlichen und strafprozessualen Grundsätzen vereinbar sind. Der Satz in dubio pro reo wird nicht verletzt. Das Tatstrafrecht, zu dem wir uns bekannt haben, wird nicht in unzulässiger Weise durch ein Gesinnungsstrafrecht ersetzt. Auch wird nicht ein mit unserer Rechtsstaatlichkeit unvereinbares Gefährlichkeitsstrafrecht postuliert. Der Tätergefährlichkeit wird nicht soviel Gewicht beilegt, als daß das Schuldstrafrecht beeinträchtigt oder sogar aufgehoben werden könnte. Schließlich bewegen sich die Tatbestände nicht außerhalb der Grenzen der Strafwürdigkeit.

S c h l u ß

Kapitel 1: Das kommende deutsche Strafrecht

Nach dem jetzigen Stand der Vorarbeiten zu einem neuen Strafgesetzbuch ¹⁾ wird im kommenden deutschen Strafrecht eine dem § 245 a StGB entsprechende Bestimmung fehlen. Nach der amtlichen Begründung ²⁾ zum E 1962 erscheinen sowohl die "vermutete Vorbereitungshandlung" des Absatzes 1 als auch die "vermutete Beihilfe zu einer Vorbereitungshandlung" in Absatz 2 des § 245 a StGB "rechtsstaatlich nicht unbedenklich". Wegen der gleichen Bedenken soll künftig eine dem § 296 StGB entsprechende Strafvorschrift in das künftige deutsche Strafgesetzbuch nicht mehr aufgenommen werden. ³⁾

Der amtlichen Begründung kann nicht entnommen werden, aus welchen Gründen die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Tatbestände des § 245 a StGB hergeleitet werden. Einmal könnte die "Vermutung" hierfür maßgebend gewesen sein; aber auch die Tatsache, daß § 245 a StGB eine "Vorbereitungshandlung" unter Strafe stellt, könnte zu dieser Stellungnahme bewogen haben. Meines Erachtens trifft ersteres zu. Hierfür spricht, daß das kommende deutsche Strafgesetzbuch alle Vorschriften, die zu einer - wie auch immer gearteten - "Beweiserschwernis" für den Angeklagten führen können, nicht mehr enthalten wird, während nach wie vor die bisher pönalisierte Vorbereitungshandlungen aufrechterhalten werden.

So läßt die Neufassung der Tatbestände der Hehlerei (§ 259 StGB), der üblen Nachrede (§ 186 StGB) sowie der Obdachlosigkeit (§ 361 Nr. 8 StGB) die Bestrebungen der Strafrechtswissenschaft und des heutigen Gesetzgebers erkennen, in dem künftigen

1) Entwurf eines Strafgesetzbuches (mit Begründung), Bundestagsvorlage 1962, mit der Stellungnahme des Bundesrates vom 13.7.1962, E 1962, Anhang, S. 22 ff.; vgl. im übrigen die Darstellung der Reformbestrebungen bei Lang-Hinrichsen in JR 1965, S. 201 ff., 201 f., und Baumann, S. 48 ff. 50 ff.

2) Vgl. E 1962, Einleitung vor § 235, S. 400.

3) Vgl. E 1962, vor § 276, S. 450; vgl. im übrigen oben S. 7.

deutschen Strafrecht auf alle "Schuld-" und "Beweisvermutungen" sowie auf die sogenannten "gesetzlichen Beweis(last)regeln" zu verzichten. Einmal soll die in § 259 StGB enthaltene Wendung "... sofern sich nicht aus den Umständen ergibt" in den künftigen Hehlereitattbestand nicht mehr aufgenommen werden ¹⁾, weil sie "in der Anwendung der unteren Gerichte immer wieder Schwierigkeiten bereite und vor allem dem Grundsatz, daß dem Täter die Schuld nachgewiesen werden muß, widerspreche" ²⁾. Zum anderen soll auch der "Wahrheitsbeweis" des § 186 Absatz 1 StGB (".... wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist") so gefaßt werden, daß seine Funktion als objektive Bedingung der Strafbarkeit eindeutig erkennbar ist ³⁾. Schließlich wird eine dem § 361 Nr. 8 StGB entsprechende Bestimmung, die die Beweisregel "... und auch nicht nachweisen kann ..." enthält, im künftigen Strafgesetzbuch fehlen. Hingegen werden die mißlungene Anstiftung und die Verabredung eines Verbrechens (§ 49 a StGB) sowie das Vorhaben im Sinne von § 151 StGB auch künftig als strafbare Vorbereitungshandlungen fortbestehen ⁴⁾.

Kapitel 2: Abschließende Betrachtungen

Die "rechtsstaatlich nicht unerheblichen" Bedenken, die die Begründung zum E 1962 gegen die Tatbestände des § 245 a StGB geltend macht, konnten durch meine Untersuchungen nicht bestätigt werden. Dies ist jedoch allein darauf zurückzuführen, daß bei Abfassung der amtlichen Begründung die herrschende Meinung zugrunde gelegt wurde, nach der die Wendung und die Formel eine gesetzliche Beweisregel oder Schuldvermutung zuungunsten des Angeklagten begründen. Schließt man sich dieser Ansicht an, so müssen in der Tat rechtsstaatliche Bedenken

-
- 1) Vgl. E 1959, § 292; E 1959 II, E 1960 und E 1962, § 286.
 - 2) So die Begründung zu E 1962, S. 456 ff. 457.
 - 3) E 1962, § 173 Absatz 3: "Die Tat ist nur dann nach Absatz 1 strafbar, wenn die Behauptung sich nicht als wahr erweist"; vgl. hierzu auch E 1959, § 179; E 1959 II und E 1960, § 173; sowie die Begründung zu E 1962, S. 312 und 315.
 - 4) Vgl. E 1962, § 35 f., und die Begründung ebenda, S. 153 ff.; vgl. E 1962, § 318 mit Begründung S. 494 f.

erhoben werden, wie meine obigen Ausführungen im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung ¹⁾ ergeben haben. Der herrschende Verfahrensgrundsatz "in dubio pro reo" kann eben nicht aufgehoben oder sonstwie beeinträchtigt werden, ohne daß unsere Strafrechtspflege selbst als rechtsstaatsfeindlich erschiene, ohne daß - wie Eb. Schmidt sagt ²⁾ - "das Recht gebeugt werde". Der Angeklagte hat wie in jeder freiheitlichen Rechtsordnung bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig zu gelten. Diese "Unschuldsumutung" darf nicht durch Gesetzesformulierungen, die ein "in dubio contra reum" bewirken, in eine "Schuldsumutung" verkehrt werden.

Auch wenn die Tatbestände des § 245 a StGB nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung rechtsstaatlich unbedenklich sind, können die Reformvorschläge zu einem künftigen Strafgesetzbuch nur begrüßt werden. Einmal ist nämlich nicht zu erwarten, daß sich die herrschende Meinung in absehbarer Zeit der "prima facie-Beweis"-Theorie anschließen wird. Die herrschende Meinung hat in den letzten Jahrzehnten zu stark in das Rechtsbewußtsein Eingang gefunden, und die antiquierten, aber doch so verhängnisvollen Begriffe wie "Beweisregel", "Beweisumutung" oder "Schuldsumutung" werden zu bereitwillig auf die Wendung und die Formel übertragen. Zum anderen werden die in die Tatbestände des § 245 a StGB aufgenommen Beweishilfen - worauf die amtliche Begründung mit Recht hinweist ³⁾ - immer wieder zu Schwierigkeiten in der Gesetzesanwendung führen und in vielen Fällen die Rechtsstellung des Angeklagten beeinträchtigen.

Die Vorbereitungen zu einem neuen Strafgesetzbuch sind deshalb sehr ermutigend. Sie lassen das ernsthafte Bemühen des heutigen Strafgesetzgebers erkennen, jedwede Einschränkung der Persönlichkeit des Angeklagten bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung zu verhindern. Er soll von allen Beweisschwierigkeiten freigestellt werden. Es ist an der Zeit, die Relikte der "Schuld-" und "Beweisumutungen", die bereits aus der Zeit vor dem Nationalsozialismus stammen, durch dessen Anhänger aber bereitwillig aufgegriffen wurden, endlich zu beseitigen.

1) Vgl. oben S. 90 ff.

2) Eb. Schmidt (Lehrkommentar I), Randnote 376, S. 212.

3) Vgl. Begründung zu E 1962, S. 456 ff., 457.

Wenn im künftigen Strafrecht eine dem heutigen § 245 a StGB entsprechende Bestimmung fehlen wird, so kann diese Lücke durch zweierlei Vorkehrungen geschlossen werden. Einmal kann der Vorbestrafte und damit auch der in § 245 a Absatz 2 StGB angesprochene Personenkreis mit Hilfe der im künftigen Strafgesetzbuch vorgesehenen Weisungen ¹⁾ vor weiterem kriminellen Tätigwerden abgehalten werden. Ich bin überzeugt, daß bereits diese Weisungen in zahlreichen Fällen ausreichen werden, um weiteren strafbaren Handlungen entgegenzuwirken. Diese Weisungen sind hinreichend spezialpräventiv.

Zum anderen aber sollten wir diese Lücke im kommenden Recht zum Anlaß nehmen, uns künftig mehr um den Vorbestraften zu kümmern. Unsere Kriminalpolitik sollte mehr - wozu Noll durch zahlreiche Vorschläge eindringlich aufgerufen hat ²⁾ - sich an der Mitverantwortung orientieren. Dies könnte gerade durch einen weiteren Ausbau der privaten, ehrenamtlichen Bewährungshilfe geschehen ³⁾.

Darüber hinaus bleiben wir alle aufgerufen, streng darauf zu achten, daß sich keine ähnlichen "Beweis-" oder "Schuldvermutungen" in unsere künftigen Strafgesetze einschleichen können. Gerade in dem breiten Bereich des heutigen Verkehrsstrafrechts sind derartige Bestrebungen im Gange, worauf Lang-Hinrichsen ⁴⁾ mit Nachdruck aufmerksam gemacht hat.

Die Strafrechtswissenschaft muß mit all den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln derartigen Bestrebungen entgegenwirken. Diese Arbeit soll hierzu ein bescheidener Beitrag sein.

1) § 75 Absatz 2 Nr. 4 des E 1962 bestimmt:

"Das Gericht kann den Verurteilten namentlich anweisen, bestimmte Gegenstände, die ihm Gelegenheit oder Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können, nicht zu besitzen, bei sich zu führen oder verwahren zu lassen".

§ 93 Absatz 1 Nr. 6 des E 1962 bestimmt:

"Das Gericht kann den Verurteilten für die Dauer der Sicherungsaufsicht oder für kurze Zeit anweisen, bestimmte Gegenstände ... (sodann wie bei § 75 Absatz 2 Ziff. 4 des E).

2) Vgl. Noll, S. 24 ff.

3) Noll, S. 26

4) Vgl. Lang-Hinrichsen in ZStW 73, S. 210 ff. 233 ff.

L e b e n s l a u f

Am 24. Februar 1936 wurde ich als zweiter Sohn des Verwaltungsangestellten Josef Eckert und dessen Ehefrau Franziska geborene Höhr in Mainz geboren. Mein Vater ist seit 1944 in Rußland vermißt.

Die Volksschule besuchte ich von 1942 bis 1944 in Mainz und von 1944 bis 1947 in Gamburg an der Tauber, wohin unsere Familie im Jahre 1944 evakuiert worden war. Von 1947 bis zur Ablegung der Reifeprüfung am 23. 3. 1956 war ich Schüler des Humanistischen Gymnasiums in Wertheim/Main. Anschließend nahm ich meinen Wohnsitz wieder in Mainz.

Vom Sommersemester 1956 bis Sommersemester 1960 studierte ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz Rechts- und Staatswissenschaften. Am 13. 12. 1960 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die erste juristische Staatsprüfung ab.

Am 14. 2. 1961 trat ich in den Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz ein. Nach meiner Verheirathung am 20. 7. 1962 verzog ich nach Riegelsberg/Saar und leistete den restlichen Vorbereitungsdienst im Saarland ab. Am 8. 4. 1965 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Saarbrücken die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit dem 15. 4. 1965 bin ich als Mitarbeiter in der Rechtsabteilung eines Eisen- und Stahlwerkes beschäftigt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 28. 1. 1966.

